

PROBLEMAS EMERGENTES DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ANAIS DO XXVIII CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO
ADMINISTRATIVO

VALMIR PONTES FILHO
EMERSON GABARDO

Coordenadores

Prefácio

Romeu Felipe Bacellar Filho

PROBLEMAS EMERGENTES DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ANAIS DO XXVIII CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO
ADMINISTRATIVO

Belo Horizonte



2015

© 2015 Editora Fórum Ltda.

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

Conselho Editorial

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



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo

Av. Afonso Pena, 2770 – 16º andar – Funcionários – CEP 30130-007
Belo Horizonte – Minas Gerais – Tel.: (31) 2121.4900 / 2121.4949
www.editoraforum.com.br – editoraforum@editoraforum.com.br

P962 Problemas emergentes da Administração Pública. Anais do XXVIII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo / Coordenadores: Valmir Pontes Filho, Emerson Gabardo; prefácio de Romeu Felipe Bacellar Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

647p.
ISBN 978-85-450-0095-2

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. 3. Teoria do Estado. I. Pontes Filho, Valmir. II. Gabardo, Emerson. III. Bacellar Filho, Romeu Felipe.

CDD: 341.3
CDU: 342.9

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

PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). Problemas emergentes da Administração Pública. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. *Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. 647p. ISBN 978-85-450-0095-2.

SUMÁRIO

PREFÁCIO

Romeu Felipe Bacellar Filho	19
--	----

APRESENTAÇÃO

Valmir Pontes Filho, Emerson Gabardo	21
---	----

PARTE I

TEXTOS CIENTÍFICOS DOS PROFESSORES PARTICIPANTES DO CONGRESSO

SERVIÇO PÚBLICO: ENSAIO SOBRE A EXCLUSIVIDADE DO ESTADO NA SUA PRESTAÇÃO

Adriana da Costa Ricardo Schier	25
1 O serviço público na Constituição Federal de 1988	25
2 A necessária atribuição do traço de fundamentalidade ao regime jurídico do serviço público	28
3 Uma leitura da exclusividade na prestação do serviço público	35
Referências	45

A DUPLA NOÇÃO JURÍDICA DE INTERESSE PÚBLICO EM DIREITO ADMINISTRATIVO

Daniel Wunder Hachem	47
1 Introdução: a relevância jurídica do conceito de interesse público	47
2 As distintas noções jurídicas de interesse público em Direito Administrativo	49
3 Interesse público em sentido amplo	54
3.1 Interesse público e juridicidade administrativa	55
3.2 Processo de definição do interesse público em sentido amplo	57
3.3 Condição negativa de validade dos atos administrativos: princípio da finalidade e desvio de poder	60
3.4 Espécies de interesses englobados: interesse geral e interesses específicos	62
4 Interesse público em sentido estrito	68
4.1 Condição positiva de validade dos atos administrativos	68
4.2 Interesse público como conceito legal	70
4.3 Interesse público e discricionariedade administrativa	73
4.4 Dever de motivação expressa	75
4.5 Conteúdo do interesse público em sentido estrito: núcleo e halo	76
4.6 Espécie de interesse englobado: o interesse geral	79
5 Conclusões	80
Referências	82

TÁXI

Dinorá Adelaide Musetti Grotti	87
1 Introdução.....	87
2 Os serviços de transporte privado coletivo	88
3 Os serviços de transporte individual de passageiros.....	89
3.1 A natureza do serviço	91
3.2 Transferência ou sucessão da “outorga” do serviço	93
3.3 A formalização da exploração.....	93
4 Prestação de serviços de táxis no Município de São Paulo	95
4.1 A extrapolação do conceito de serviço público às prestações privadas: o chamado serviço público virtual ou impróprio	97
5 Observações finais.....	102
Referências	103

CONCURSOS PÚBLICOS E O DEVER DE PLANEJAMENTO

Fabrcio Motta	105
1 Introdução.....	105
2 A criação de cargos e empregos públicos	106
3 Planejamento do concurso público: requisito para se buscar a máxima efetividade do direito fundamental.....	108
4 O número de vagas.....	109
5 O dever de nomeação e o direito dos candidatos aprovados	110
5.1 Cadastro de reserva e respeito ao direito à nomeação.....	113
Referências	116

ORGANIZAÇÃO DA FEDERAÇÃO BRASILEIRA: NOÇÕES GERAIS

Fernando D. Menezes de Almeida	119
1 Apresentação.....	119
2 Critério de repartição de competências.....	120
3 Federação brasileira em perspectiva histórica.....	121
4 A peculiar situação dos Municípios na Federação brasileira.....	124
Referências	129

DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA E CONTROLE JUDICIAL

José dos Santos Carvalho Filho	131
1 Introdução.....	131
2 Discricionariedade.....	132
3 Discricionariedade técnica	134
4 Controle judicial.....	136
5 Conclusão.....	139
Referências	139

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO SÉCULO XXI: PLANEJAMENTO, MOBILIDADE URBANA E DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO

Lígia Maria Silva Melo de Casimiro, José Patrício Pereira Melo	141
1 Introdução	141
2 Direito à cidade e planejamento para o desenvolvimento	142
3 A racionalidade do planejamento para o desenvolvimento socioeconômico por meio da mobilidade urbana	147
4 Considerações finais.....	150
Referências	151

A ADVOCACIA PÚBLICA NO ASSESSORAMENTO A DECISÕES DISCRICIONÁRIAS

Luiz Alberto Blanchet	155
1 Introdução.....	155
2 A aparente discricionariedade.....	156
3 O que é a discricionariedade?.....	157
4 Definição do conteúdo da decisão discricionária: tarefa do administrador e não do advogado	159
5 Fatores concretos atenuantes da discricionariedade	160
6 A discricionariedade envolve um dever e não um poder	161
7 A subjetividade admissível no exercício da discricionariedade	162
8 Vigilância do advogado, empreendedorismo público e desenvolvimento	165
Referências	165

POLÍTICAS PÚBLICAS, SERVIÇOS PÚBLICOS E A PROTEÇÃO SOCIOAMBIENTAL

Maria Cristina César de Oliveira	167
1 Introdução.....	167
2 Políticas públicas como dever estatal	168
3 Políticas públicas e serviços públicos	169
4 Serviço público e proteção ambiental.....	170
5 À guisa de reflexão	173
Referências	174

DIREITO ADMINISTRATIVO, ACCOUNTABILITY E O CADASTRO NACIONAL DE PRESOS COMO INSTRUMENTO DE GESTÃO EFICIENTE DO SISTEMA PRISIONAL

Maria Tereza Uille Gomes	177
1 Contexto prisional brasileiro.....	177
2 Sistematização de dados para uma gestão eficaz	180
3 A construção de um Cadastro Nacional de Presos.....	182
Referências	190

SOLUÇÕES PARA A MOBILIDADE URBANA

Ricardo Marcondes Martins	191
1 Breve introdução	191
2 Prestação direta do serviço de transporte coletivo	191
3 Compensação urbanística.....	194
4 Gestão associada de transporte coletivo	196
5 Tarifa zero	198
6 Atividade econômica de transporte coletivo	199
7 Considerações finais: DAC X DAIP	201
Referências	201

A RESPONSABILIDADE OBJETIVA, ADMINISTRATIVA E CIVIL DAS PESSOAS JURÍDICAS NOS TERMOS DA LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA

Rogério Gesta Leal	203
1 Notas introdutórias	203
2 O problema da responsabilidade civil objetiva no âmbito da doutrina jurídica: alguns apontamentos	203
3 A empresa como sujeito de direito e a possibilidade de sua responsabilidade objetiva	213
4 Considerações finais.....	218
Referências	221

EXISTE DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO FUNCIONAL?

Sérgio de Andréa Ferreira	225
1 Capítulo conceitual.....	225
2 A situação jurídico-funcional.....	228
Referências	238

ASPECTOS GERAIS DA LEI Nº 12.587, DE 03 DE JANEIRO DE 2012

Silvio Luís Ferreira da Rocha	241
1 Considerações gerais.....	241
2 Sistema de Mobilidade Urbana	242
3 Diretrizes e objetivos da Política Nacional de Mobilidade Urbana	242
4 A gestão do serviço de transporte público coletivo.....	243
5 Remuneração.....	243
6 Usuários	244
7 Planejamento	244
8 Conclusão.....	244

STF JULGOU CONSTITUCIONAL A LEI Nº 9.637/98 DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA ADIN 1.923-5-DF

Tarso Cabral Violin	247
1 Histórico das Organizações Sociais no Brasil.....	247
2 O julgamento pelo STF da ADIn nº 1.923-5-DF.....	250
3 Algumas considerações sobre as Organizações Sociais	255
Referências	256

ACORDOS DE LENIÊNCIA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO:
MODALIDADES, REGIME JURÍDICO E PROBLEMAS EMERGENTES

Thiago Marrara	259
1 Introdução: a consensualização no processo sancionador	259
2 Acordo de leniência: definição, conteúdo e características essenciais.....	261
3 Comparativo das modalidades de leniência existentes no Brasil.....	263
4 Leniência para infrações contra a ordem econômica	266
5 Leniência para infrações de corrupção	268
6 Leniência para infrações licitatórias.....	270
7 Conclusão.....	272
Referências	273

PARTE II

ARTIGOS SELECIONADOS NO CONCURSO DE ARTIGOS
PRÊMIO PROFESSOR PEDRO PAULO DE ALMEIDA DUTRA

O PAPEL DA INTERVENÇÃO ESTATAL NO LEILÃO DO CAMPO DE LIBRA

Alcides Goelzer de Araújo Vargas e Pinto, Felipe Augusto Brochado Batista do Prado	277
1 Introdução.....	277
2 A intervenção estatal na questão do petróleo pátrio	278
3 Regime de concessão.....	281
3.1 Bônus de assinatura	281
3.2 Royalties	282
3.3 Participação especial	283
3.4 Pagamento pela ocupação da área	283
4 Regime de partilha de produção	284
5 O novo marco regulatório do pré-sal brasileiro.....	285
5.1 O modelo brasileiro do regime de partilha de produção	286
5.2 Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A.	288
6 O leilão do Campo de Libra	289
7 Conclusão.....	291
Referências	292

UMA ANÁLISE ECONÔMICA DA NOVA LEI ANTICORRUPÇÃO

Ana Cláudia Santano, Fernando Gama de Miranda Netto	295
1 Introdução.....	295
2 Análise econômica do direito e sua utilidade na avaliação do impacto normativo	296
3 A corrupção como problema econômico	297
4 Efeitos dissuasórios de leis anticorrupção	300
5 A produção de incentivos condicionantes de comportamento na Lei nº 12.846/13.....	302
5.1 Da responsabilização – quem está submetido à lei	303
5.2 Os tipos administrativos que serão entendidos como atos lesivos à Administração Pública.....	304

5.3	As sanções previstas e a sua dosimetria.....	305
5.4	Incentivos à criação de práticas de compliance	307
5.5	O processo administrativo para a apuração dos fatos	308
5.6	Dos acordos de leniência	309
6	Considerações finais: expectativas e pessimismo	310
	Referências	311

O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E AS AGÊNCIAS REGULADORAS: UMA ANÁLISE A PARTIR DA RESOLUÇÃO-ANTAQ Nº 3274/2014

Camila Rodrigues Forigo, Amália Pasetto Baki	315	
1	Introdução.....	315
2	O poder normativo da ANTAQ e a resolução nº 3274/2014.....	316
3	O surgimento das Agências Reguladoras.....	317
4	Agências Reguladoras: principais características e atividades por elas controladas	319
5	O exercício do poder de polícia administrativa pelas Agências Reguladoras.....	320
5.1	Poder normativo	322
5.2	Poder fiscalizatório	324
5.3	Poder punitivo	324
6	Limitações constitucionais ao poder normativo das agências reguladoras: princípios da legalidade e da segurança jurídica.....	325
7	Conclusão.....	329
	Referências	330

ADESÃO À ATA DE REGISTRO DE PREÇOS: UMA ANÁLISE SOB O ENFOQUE DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Cláudia de Oliveira Cruz Carvalho	333	
1	Introdução.....	333
2	Licitações públicas.....	334
2.1	O interesse público	334
2.2	O Sistema de Registro de Preços	335
2.3	A Ata de Registro de Preços	336
2.4	Adesão à Ata de Registro de Preços.....	337
3	O “carona” e a afronta aos princípios constitucionais	339
3.1	Violação ao Princípio da Legalidade	339
3.2	Violação ao Princípio da Impessoalidade	340
3.3	Violação ao Princípio da Moralidade	341
3.4	Violação ao Princípio da Publicidade.....	342
3.5	Violação ao Princípio da Eficiência.....	343
4	O “carona” e a afronta aos princípios específicos da licitação	344
4.1	Violação ao Princípio da Isonomia	345
4.2	Violação ao Princípio da Vinculação do Instrumento Convocatório	346
4.3	Violação ao Princípio do Julgamento Objetivo	347
5	Posicionamento dos órgãos de controle.....	348
6	Considerações finais.....	349
	Referências	350

PRESUNÇÃO DO *PERICULUM IN MORA* NA DECRETAÇÃO DE
INDISPONIBILIDADE DE BENS EM AÇÃO DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA: PARA O INÍCIO DE UMA CRÍTICA À JURISPRUDÊNCIA DO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Felipe Klein Gussoli	353
1 Introdução	353
2 Natureza jurídica da medida de indisponibilidade do art. 7º da Lei nº 8.429/92.....	354
3 Requisitos específicos para concessão da cautelar de indisponibilidade.....	355
4 Crítica à orientação do Superior Tribunal de Justiça.....	357
5 Conclusão.....	363
Referências.....	363

A TUTELA DO DIREITO À EDUCAÇÃO INCLUSIVA: PARA ALÉM DO
CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Fernanda Lissa Fujiwara Homma	365
1 Introdução.....	365
2 A possibilidade do direito fundamental à educação inclusiva.....	368
3 Judiciário, políticas públicas e direitos fundamentais sociais: necessidade da superação da “visão túnel”	372
4 Entre a tutela coletiva como acesso à justiça e o despreparo do judiciário brasileiro ...	376
5 Conclusão.....	379
Referências.....	380

RELAÇÕES ENTRE A LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO E O DECRETO
QUE INSTITUI A POLÍTICA NACIONAL DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL: A
IMPLEMENTAÇÃO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

Érico Prado Klein, Gabriel Morettini e Castella	383
1 Introdução	383
2 Circunstâncias internacionais (análise de legislações e tratados sobre a Lei de Acesso à Informação)	385
3 Princípios que norteiam a Lei de Acesso à Informação e decorrências da sua aplicação	388
4 O papel do decreto que institui a PNPS e a LAI na implementação da democracia participativa.....	390
5 Considerações finais.....	398
Referências.....	399

A VIOLAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA ENQUANTO CONCAUSA ENSEJADORA DA RESPONSABILIDADE
CIVIL OBJETIVA DO ESTADO

Letícia Camargo Kreuz, Tamira Almeida Martins	401
1 Introdução.....	401
2 O direito fundamental à boa administração pública e sua conformação no ordenamento jurídico brasileiro	401
3 A estruturação do direito fundamental à boa administração no direito brasileiro	403

3.1	Os deveres correlatos ao direito fundamental à boa administração pública.....	405
4	As violações ao direito fundamental à boa administração pública consequentes de omissões estatais.....	406
5	Responsabilidade civil do Estado em sentido amplo e em decorrência de condutas omissivas.....	407
6	À guisa de conclusão – o direito fundamental à boa administração pública como concausa da responsabilidade civil do Estado.....	412
	Referências.....	413

PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA NA ÁREA DA EDUCAÇÃO PÚBLICA: UMA ANÁLISE JURÍDICA DA ATRIBUIÇÃO DA GESTÃO PEDAGÓGICA AO PARTICULAR

Lizandra Correia Bolivar	415	
1	Introdução.....	415
2	As Parcerias Público-Privadas	416
2.1	A delegação de serviços públicos na Constituição Federal de 1988	416
2.2	As parcerias entre o setor público e o setor privado em sentido amplo e estrito	417
2.3	Modalidades de concessão e as Parcerias Público-Privadas	418
2.4	As Parcerias Público-Privadas na Lei nº 11.079/2004: espécies de PPPs conforme a atividade objeto do contrato	419
2.4.1	Objetos da concessão patrocinada	419
2.4.2	Objetos da concessão administrativa.....	420
3	As Parcerias Público-Privadas em sentido estrito na área da educação pública.....	422
3.1	Educação como direito fundamental: breves comentários.....	422
3.2	A educação pública na Constituição Federal de 1988	423
3.3	Do cabimento da concessão administrativa na área da educação pública e a gestão pedagógica.....	425
3.3.1	Fase do planejamento.....	426
3.3.2	Fase da execução.....	427
4	Análise do caso concreto do Município de Belo Horizonte/MG	429
5	Considerações finais.....	432
	Referências	434

DA JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS À NECESSIDADE DE RESPEITO ADMINISTRATIVO AOS PRECEDENTES JUDICIAIS: UMA ANÁLISE EMPÍRICA DA JURISPRUDÊNCIA DO TRF4 SOBRE O DIREITO À SAÚDE

Luzardo Faria	437	
1	Introdução.....	437
2	A judiciabilidade dos direitos fundamentais sociais: entre efetividade constitucional e ativismo judicial.....	438
3	A judicialização dos direitos fundamentais sociais na prática: uma análise empírica da jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região	441
4	Por um Direito Administrativo Constitucional: os direitos fundamentais sociais que integram o interesse público	446
5	A exploração da dimensão objetiva dos direitos fundamentais sociais e o respeito administrativo aos precedentes judiciais	448

6	Conclusão.....	451
	Referências	452

UMA ANÁLISE COMPARATIVA DA RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL
NO DIREITO PÚBLICO EUROPEU, PORTUGUÊS E BRASILEIRO: A
NECESSIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO ESTATAL POR PREJUÍZOS
CAUSADOS AOS LICITANTES NO BRASIL

	Marta Cristina Jesus Santiago	459
1	Introdução.....	459
2	Breves notas sobre a responsabilidade pré-contratual no direito civil luso-brasileiro ..	460
3	A responsabilidade pré-contratual no direito público europeu	462
4	A responsabilidade pré-contratual no regime português	465
4.1	A decisão de contratar e o direito ao contrato.....	466
4.2	A medida da indenização.....	468
5	A responsabilidade pré-contratual publicista no Brasil.....	469
6	A perda de chance na contratação pública luso-brasileira	473
7	Conclusão.....	476
	Referências.....	478

AS OMISSÕES LEGISLATIVAS INCONSTITUCIONAIS E A RESPONSABILIDADE
CIVIL DO ESTADO

	Rafael Zaitter	481
1	Introdução.....	481
2	Desenvolvimento.....	482
2.1	As omissões legislativas inconstitucionais.....	482
2.2	A responsabilidade do Estado por omissão no direito pátrio: adoção da teoria objetiva ou da teoria do <i>faute du service</i> ?	485
2.3	A responsabilidade do Estado por omissões legislativas inconstitucionais	489
3	Conclusão.....	492
	Referências.....	493

A EFETIVIDADE DA LEI DE RESÍDUOS SÓLIDOS NO BRASIL E O PAPEL DOS
TRIBUNAIS DE CONTAS

	Thais Giselle Diniz Santos, Thiago Piemontez	495
1	Introdução.....	495
2	Política nacional de resíduos sólidos.....	496
3	A divisão de competências em matéria ambiental	499
4	O papel dos Tribunais de Contas na efetivação da Lei de Resíduos Sólidos.....	501
5	Conclusão.....	504
	Referências.....	505

DO ANTÍDOTO AO VENENO: RESTRIÇÕES À APLICAÇÃO DESMEDIDA DA LEI
DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA AOS AGENTES POLÍTICOS

	Thiago Priess Valiati, Luis Alberto Hungaro	507
1	Introdução.....	507

2	Breve histórico do regime de responsabilidade por improbidade administrativa no direito brasileiro	509
3	Conceito de ato de improbidade administrativa: necessidade da presença de elemento subjetivo para sua caracterização.....	510
4	A insuficiência da redação do artigo 10, <i>caput</i> , da Lei de Improbidade Administrativa: impossibilidade de cometimento de ato ímprobo por culpa	513
5	A controvérsia acerca da possibilidade de se aplicar simultaneamente a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992) e a Lei de Crimes de Responsabilidade (1.079/1950) aos agentes políticos	518
6	Conclusão.....	522
	Referências	523

A SUBVENÇÃO AO SEGURO RURAL NO BRASIL: REFLEXÕES SOBRE A EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA DO PSR A PARTIR DA AUDITORIA REALIZADA PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

	Vitor José Borghi	525
1	Introdução.....	525
2	O Princípio da Eficiência Administrativa e sua relação com as diretrizes do Programa de Subvenção ao Seguro Rural.....	526
3	A auditoria realizada pelo TCU no Programa de Subvenção ao Seguro Rural	530
4	Conclusão.....	534
	Referências	536

A INSTRUMENTALIZAÇÃO DA ATIVIDADE DE FOMENTO PELAS POLÍTICAS PÚBLICAS E A GARANTIA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

	Vivianéli Araújo Prestes	537
1	Introdução.....	537
2	A atividade de fomento e o risco de violação ao princípio da igualdade	537
3	As políticas públicas como meio de compatibilização entre a atividade de fomento e o Princípio da Igualdade	541
4	O ciclo das políticas públicas e a possibilidade de auxílio no controle da atividade de fomento	543
5	Conclusão.....	546
	Referências	547

PARTE III

COMUNICADOS CIENTÍFICOS APRESENTADOS NO CONGRESSO

	(RE)CONHECENDO O FUNDO DE DEFESA DE DIREITOS DIFUSOS PELO PRISMA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: ATRIBUIÇÕES E POSSIBILIDADES Albano Francisco Schmidt, Thiago Luís Reinert	551
	O PAPEL DA INTERVENÇÃO ESTATAL NO LEILÃO DO CAMPO DE LIBRA Alcides Goelzer de Araújo Vargas e Pinto	553

DA REFORMA ADMINISTRATIVA EMPREENDIDA POR PAULO NEVES DE CARVALHO NO MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE NA DÉCADA DE 1950: O NASCEDOURO DAS IDEIAS DE MODERNIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO DE PESSOAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS	
Ana Luiza Gomes de Araújo, Luciana Moraes Raso Sardinha Pinto	555
OCUPAÇÃO IRREGULAR EM ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL PARA MORADIA: AÇÕES OU OMISSÕES PÚBLICAS E RESPONSABILIDADE DO ADMINISTRADOR PÚBLICO MUNICIPAL	
André Ricardo Gomes de Souza	557
APONTAMENTOS CRÍTICOS SOBRE A POSSIBILIDADE DE O ESTADO CELEBRAR CONVÊNIOS DE REPASSE COM ENTIDADES EMPRESARIAIS	
Ariane Shermam Moraes Vieira	559
O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E AS AGÊNCIAS REGULADORAS: UMA ANÁLISE A PARTIR DA RESOLUÇÃO-ANTAQ Nº 3274/2014	
Camila Rodrigues Forigo, Amália Pasetto Baki	561
A LIBERAÇÃO DE MEDICAMENTOS EXPERIMENTAIS EM DEMANDAS JUDICIAIS INDIVIDUAIS ÀS CUSTAS DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE, FALTA DE CONHECIMENTO DO MAGISTRADO E O LOBBY DA INDÚSTRIA FARMACÊUTICA	
Carolina Elisabete Puehringer Miguez de Senna Motta	563
A COOPERAÇÃO INSTITUCIONAL E O CONTROLE DA POLUIÇÃO EM BACIAS HIDROGRÁFICAS	
Celmar Corrêa de Oliveira, Mateus Kuhn	565
ADESÃO À ATA DE REGISTRO DE PREÇOS: UMA ANÁLISE SOB O ENFOQUE DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS	
Cláudia de Oliveira Cruz Carvalho	567
A INTERRUPTÃO DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO BÁSICO POR INADIMPLENTO: PONTOS E CONTRAPONTO	
Cláudia Cecília Camacho Rojas	569
O DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: ENTRE PRINCÍPIO COMO MANDAMENTO DE OTIMIZAÇÃO E DIREITO FUNDAMENTAL ATRIBUÍDO	
Clayton Gomes de Medeiros, Marcelo Paulo Wacheleski	571
TRANSPARÊNCIA, DEMOCRACIA E CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: OS EFEITOS DA LEI Nº 12.527/2011	
Clayton Gomes de Medeiros, Marcelo Paulo Wacheleski	573
ACCOUNTABILITY, TEORIA DA AGÊNCIA E O DEVER CONSTITUCIONAL DE PRESTAR CONTAS	
Dioleno Zella Zielinski	575
HOSPITAIS PÚBLICOS PRECÁRIOS E A INTERVENÇÃO JUDICIAL COMO REMÉDIO ADEQUADO	
Eloi Pethechust	577
O PROCESSO DE EXECUÇÃO DAS EMPRESAS ESTATAIS E O CASO DA EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS	
Eloi Pethechust	579

A IMPORTANCIA DO COMPLIANCE PARA AS EMPRESAS QUE OBJETIVAM RELACIONAR-SE COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, SOB O ENFOQUE DA NOVA LEI ANTICORRUPÇÃO Emerson Gabardo, Gabriel Morettini e Castella	581
PRESUNÇÃO DO <i>PERICULUM IN MORA</i> NA DECRETAÇÃO DE INDISPONIBILIDADE DE BENS EM AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: PARA O INÍCIO DE UMA CRÍTICA À JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA Felipe Klein Gussoli	583
PROCESSO COLETIVO, ACCOUNTABILITY E AUDIÊNCIAS PÚBLICAS Fernanda Lissa Fujiwara Homma	585
LICITAÇÃO TORNANDO-SE EXCEÇÃO NO DIA A DIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA Fernanda Rodrigues de Souza e Silva	587
CARREIRAS TÍPICAS DE ESTADO, REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL E MELHORIA DA QUALIDADE DO GASTO PÚBLICO Fernando Ferreira Calazans	589
REGULAÇÃO DA PREVIDÊNCIA NO SERVIÇO PÚBLICO BRASILEIRO: AVANÇOS, LIMITAÇÕES E PROPOSTAS Fernando Ferreira Calazans, Marcelo Abi-Ramia Caetano	591
RELAÇÕES ENTRE A LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO E O DECRETO QUE INSTITUI A POLÍTICA NACIONAL DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL: A IMPLEMENTAÇÃO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA Érico Prado Klein, Gabriel Morettini e Castella	593
O NOVO INTERESSE PÚBLICO Henrique Lima Quites	595
O SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE COLETIVO E O PASSE LIVRE Hugo Jesus Soares	597
MODIFICAÇÃO DE PRECEDENTES E A PROTEÇÃO À CONFIANÇA LEGÍTIMA Joaquim Antônio Murta Oliveira Pereira	599
PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS: IRRETROATIVIDADE E SEGURANÇA JURÍDICA, O CASO DO ESTADO DE MINAS GERAIS Joaquim Antônio Murta Oliveira Pereira	601
PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA NA ÁREA DA EDUCAÇÃO PÚBLICA: UMA ANÁLISE JURÍDICA DA ATRIBUIÇÃO DA GESTÃO PEDAGÓGICA AO PARTICULAR Lizandra Correia Bolivar	603
FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE: RETOMADA HISTÓRICA E CRÍTICA DE SEUS FUNDAMENTOS LIBERAIS Luasses Gonçalves dos Santos	605
O ESTADO EM REDE NA LÓGICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO VIVO Luciana Moraes Raso Sardinha Pinto, Maria Isabel Araújo Rodrigues	607

CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO: REGULAÇÃO ESTATAL PELAS LICITAÇÕES PÚBLICAS E PELOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Luciano Elias Reis	609
DO ANTÍDOTO AO VENENO: RESTRIÇÕES À APLICAÇÃO DESMEDIDA DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA AOS AGENTES POLÍTICOS Luis Alberto Hungaro, Thiago Priess Valiati	611
DA JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS À NECESSIDADE DE RESPEITO ADMINISTRATIVO AOS PRECEDENTES JUDICIAIS: UMA ANÁLISE EMPÍRICA DA JURISPRUDÊNCIA DO TRF4 SOBRE O DIREITO À SAÚDE Luzardo Faria	613
CONCESSÃO JUDICIAL DE MEDICAMENTOS: CONSIDERAÇÕES ACERCA DO ALCANCE DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE, DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO E DO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO Márcio Araújo Wilinski	615
CONVÊNIO DE COOPERAÇÃO: SINÔNIMO DE CONVÊNIO ADMINISTRATIVO? Maria Letícia Rodrigues Guimarães Araújo Resende	617
A INSUFICIÊNCIA DAS CLÁUSULAS EXORBITANTES COMO CRITÉRIO DE DISTINÇÃO DOS CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO: ESTUDO DOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO DE IMÓVEIS URBANOS Mariana Bueno Resende	619
EFEITOS DO DESLOCAMENTO DO DOLO NA ANÁLISE DAS CONDUTAS PREVISTAS NO ART. 11 DA LIA: IMPROBIDADE OU INABILIDADE DO AGENTE PÚBLICO Patrícia M. S. de Camargo, Celmar Corrêa de Oliveira	621
CONTROLE COM FOCO EM RESULTADOS: A EXPERIÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS COM A AUDITORIA OPERACIONAL REALIZADA NO PROGRAMA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO Pedro Henrique Magalhães Azevedo	623
TRATAMENTO DAS RELAÇÕES DE SUJEIÇÃO ESPECIAL NAS TOMADAS DE CONTAS ESPECIAIS Pedro Henrique Magalhães Azevedo	625
A CONTRIBUIÇÃO DOS INCENTIVOS ECONÔMICOS NA LEGISLAÇÃO DE RECURSOS HÍDRICOS Ricardo Letizia Garcia, Celmar Oliveira	627
A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE PELO SERVIÇO PÚBLICO DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO Rodrigo Augusto Lazzari Lahoz	629
ANÁLISE DOS EFEITOS DA INADIMPLÊNCIA DOS MUNICÍPIOS QUE DEIXAM DE REPASSAR OS VALORES RETIDOS A TÍTULO DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO ÀS ORGANIZAÇÕES FINANCEIRAS PRIVADAS Thaís Fernanda Santos da Silva Verçosa	631

A LIBERAÇÃO DE SEMENTES TRANSGÊNICAS NO BRASIL: UM CASO DE IRRESPONSABILIDADE NA GESTÃO DE RISCOS AMBIENTAIS Thais Giselle Diniz Santos	633
A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA EC Nº 62/2009 E OS IMPACTOS NO ESTADO DO PARANÁ Tuany Baron de Vargas	635
A SUBVENÇÃO AO SEGURO RURAL NO BRASIL: REFLEXÕES SOBRE A EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA DO PSR A PARTIR DA AUDITORIA REALIZADA PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO Vítor José Borghi	637
A NATUREZA GARANTISTA OU AUTORITÁRIA DA GÊNESE DO DIREITO ADMINISTRATIVO: UMA RELEITURA A PARTIR DA HISTÓRIA DO DIREITO Vivianéli Araújo Prestes	639
SOBRE OS AUTORES.....	641

Temos sido muito felizes na escolha de nomes para dirigir nossa Instituição. Cada mandato exercido deixa marcas de grandes realizações. A profícua gestão de Valmir Pontes Filho a frente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA), em boa hora, retoma algumas práticas históricas que marcaram a presença do Instituto na história jurídica de nosso país. A formatação de painéis de acalentados debates nos Congressos por nós realizados somam-se, agora, à elaboração dos Anais do último evento, completando a cordilheira de atos timbrados pela eficiência da atual diretoria.

Não há como deslembrar — tenho sustentado — que o princípio geral que domina toda a atividade estatal, exercida através da Administração Pública, é o bem comum, que pode ser simplesmente expressado como a constante busca da felicidade geral. É fácil perceber, então, que a Administração Pública não pode objetivar interesses particulares. O Administrador que transgrida este preceito convulsiona, desarmoniza e desacredita a ação administrativa. A Constituição Federal refere-se expressamente ao bem comum, o qual constitui objetivo fundamental de toda sua atividade.

“O bem comum não foge ao Direito. De certa maneira, é condição da justiça, como princípio e fim ao mesmo tempo, justificando, no sistema político, o equilíbrio entre os poderes, e contendo o Estado nas suas atividades, em razão da lei e das garantias que ele mesmo assegura”, conforme lição de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho.

A existência da Administração Pública só tem sentido em função de uma justa e equitativa distribuição, entre os cidadãos, dos direitos e dos encargos sociais. As elevadas e numerosas tarefas administrativas conferidas aos mandatários públicos e ao corpo administrativo não resultariam exitosas sem a imposição de princípios de atuação capazes de oferecer garantias exigíveis de um Estado justo e igualitário. Ademais, a supremacia da Constituição, sobre todas as normas, impõe que o processo de produção legislativa e a interpretação do Direito sejam levados a cabo conforme aqueles princípios constitucionais.

Estas rápidas anotações já permitem inferir a importância das relações entre o Estado e o cidadão, garantindo-se a este último o direito de intervir, em grau cada vez maior, na formação da vontade nacional. Se é questionável a posição de Maquiavel, defendendo um Estado afastado da ética e instrumentalizado sob a forma de técnica de governo a serviço de determinados fins para cujo alcance não são considerados os meios, avulta em importância os estudos de Rousseau e Kant, ressaltando a concepção funcional do poder. A sede do poder está no povo, e o seu exercício deve expressar respeito pela pessoa e por sua dignidade.

É cedo, todavia, como aduz, com perfeição, Fábio Konder Comparato, que o curso da história não se cristaliza. Ao contrário, representa um processo em constante evolução. O acaso — a única verdadeira lei da história — segundo a ironia de Chesterton, somado à constante ativação dos fatos sociais, não negligenciou em fazer ruir qualquer expectativa de sedimentação ou de acomodação.

Reflexões dessa ordem crescem em importância quando percebemos que nos eventos realizados pelo IBDA, cultor da interpretação prospectiva, sempre estão a surgir

ideias novas conducentes ao aperfeiçoamento das instituições democráticas, sem olvidar as construtivas críticas que almejam o aprimoramento das funções administrativas conducentes, sempre, como adverte Celso Antonio Bandeira de Mello, nosso comandante maior, ao alcance do interesse público, mediante o uso dos poderes instrumentalmente necessários conferidos pela ordem jurídica.

Os trabalhos apresentados na publicação dos presentes Anais do XXVIII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, realizado no ano de 2014, na cidade de Foz do Iguaçu, não refogem aos desideratos propostos. Seja pela pena de administrativistas já consagrados, seja pelos artigos selecionados no concurso de artigos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra, ou, ainda, no teor dos comunicados científicos, são lançadas, com ousadia, vigor e sem arrogância, novas e interessantes propostas jurídicas. Abstraídos de cogitações isolacionistas ou mesquinhas, são teses e novas ideias que promovem a cicatrização jurídico-institucional em face das lancinantes feridas constantemente lançadas por uma obscurantista e irresponsável atuação política, que não hesita em se valer dos mais variados estratagemas para nutrir desconfiança em relação a nós mesmos.

Por tudo isso, é digna de todos os elogios a feliz iniciativa que me induz a, em nome de todos os administrativistas brasileiros, cumprimentar seus coordenadores.

Romeu Felipe Bacellar Filho

Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade Federal do Paraná. Professor Titular de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

O Instituto Brasileiro de Direito Administrativo é o mais importante local de confluência do pensamento juspublicista brasileiro contemporâneo. Já se somam mais de 40 anos de existência, tendo neste período promovido o IBDA quase 30 congressos científicos. Fundado em Curitiba, seu primeiro presidente foi o professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. Todavia, foram outros dois significativos impulsos que forjaram os seus valores e constituíram o seu espírito institucional. O primeiro, vindo do professor Celso Antônio Bandeira de Mello, deu um norte, um significado, um caminho seguro a ser trilhado; o segundo, proporcionado pelo professor Romeu Felipe Bacellar Filho, sedimentou a direção, consolidou por meio de sua sensibilidade e liderança um grupo que não parou mais de crescer e se desenvolver.

Isso sem falar, contudo, do extraordinário contributo dado à nossa entidade por eméritos Professores que, digna e operosamente, também dirigiram o Instituto (Caio Tácito, Paulo Neves de Carvalho, Adilson Dallari, Romeu Felipe Bacellar Filho, Pedro Paulo de Almeida Dutra, Juarez Freitas, Clovis Beznos, Márcio Cammarosano).

Ainda que defensor da liberdade de opinião, o IBDA tornou-se um ponto de encontro de juristas que têm como valor fundamental a democracia, como modelo de Estado aquele desenhado pela Constituição de 1988 – ou seja, um Estado social, e como preocupação maior o amálgama entre direitos fundamentais e interesse público.

Por décadas, juristas representativos de diferentes regiões do país têm discutido temas de mais alta relevância, a fim de buscar respostas aos constantes problemas do Estado no exercício de suas diferentes funções. Faltava, todavia, a superação da impermanência típica da oralidade rumo à segurança característica da escrita; ou seja, os eventos do IBDA careciam dos respectivos anais, a fim de colocar em um registro histórico formal parcela do pensamento, dos temas, das discussões, das propostas científicas e das teses defendidas.

O livro ora apresentado, por um lado visa a suprir essa carência, mas, por outro, não se prende ao conceito clássico de “anais”. Vem a ser mais um “livro do evento” do que propriamente uma transcrição *ipsis literis* do que ocorreu no XXVIII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. É uma primeira experiência de fixação de ideias no tempo, certamente imperfeita e passível, tanto de críticas, quanto de melhoramentos futuros. Deste modo, a liberdade formal foi o ponto de partida.

Foram convidados a escrever parte deste grande ensaio acadêmico, mais de sessenta professores que, de alguma forma, participaram das atividades ocorridas na cidade de Foz do Iguaçu, entre os dias 12 e 14 de novembro de 2014: palestrantes, debatedores, mediadores, coordenadores e membros de comissões. Por certo, nem todos puderam participar, haja vista os contingentes imperativos da vida hodierna. E os que participaram enviaram textos com diferentes estilos e abordagens, em que pese sempre tratando de questões relativas à temática geral do evento: *Problemas Emergentes da Administração Brasileira*.

Para além dos convidados, este livro contém uma seleção dos textos apresentados no Concurso de Artigos Jurídicos Prêmio Pedro Paulo de Almeida Dutra. Foram mais

de 50 concorrentes, dentre os quais, a Comissão Avaliadora selecionou 17 para a publicação. Ademais, restam aqui publicados os 45 resumos dos comunicados científicos apresentados e debatidos pelas comissões – uma prática que vem se demonstrando altamente bem sucedida em eventos, tanto do IBDA, quanto de alguns institutos estaduais de Direito Administrativo.

É importante registrar que o sucesso deste último evento, e de tantos outros já realizados, certamente não seria tão evidente sem que tivéssemos o apoio de pessoas e de empresas tão comprometidas, quanto é o caso da Efeito Promoções e Eventos, na pessoa de Liliane Bechelany Dutra Batista, e a Editora Fórum, na pessoa de Luís Cláudio Rodrigues Ferreira.

Agradecendo a todos os coautores, fazemos votos de que o XXIX Congresso do IBDA, sediado na calorosa cidade de Goiânia e capitaneado pelo professor Fabrício Motta, seja tão ou mais profícuo que seus antecessores.

Fortaleza, junho de 2015.

Valmir Pontes Filho
Emerson Gabardo
Coordenadores

PARTE I

TEXTOS CIENTÍFICOS DOS PROFESSORES
PARTICIPANTES DO CONGRESSO

SERVIÇO PÚBLICO: ENSAIO SOBRE A EXCLUSIVIDADE DO ESTADO NA SUA PRESTAÇÃO

ADRIANA DA COSTA RICARDO SCHIER

1 O serviço público na Constituição Federal de 1988

A discussão sobre o regime jurídico do serviço público teve sua importância retomada, tanto no cenário nacional, quanto no cenário internacional, com a rediscussão das funções atribuídas ao Estado. Nessa perspectiva, tal instituto, tema clássico do Direito Administrativo, adquiriu novas dimensões, influenciadas pela tendência de aproximação entre as esferas do público e do privado.¹

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, a noção de serviço público funda-se na ideia de que tal instituto deve ser compreendido como atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público.² Na leitura que aqui se pretende, o serviço público é caracterizado pela sua instrumentalidade em relação à vinculação ao princípio da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da República, como enuncia o artigo 1º, da Constituição Federal.³

Nesse diapasão, o serviço público constitui-se em uma das modalidades de atividades exercidas pelo Estado, impondo-se, dessa maneira, como um modo de

¹ Sobre o tema, ver a obra de ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o Direito Privado*: contributo para o estudo da actividade de Direito Privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 1996, p. 91. Na doutrina nacional, essa abordagem é feita por BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo e o novo código civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 104.

² A noção adotada é a de MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 692. Justifica-se a escolha, porque, dentre os autores pátrios, o autor representa a principal referência teórica para a compreensão do serviço público. Na doutrina estrangeira, pode ser referido, na linha adotada neste artigo, o conceito de SALOMONI, Jorge Luis. *Teoria general de los servicios públicos*. Buenos Aires: Ad-hoc, 1999.

³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O poder normativo dos entes reguladores e a participação do cidadão nesta atividade. Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios na experiência brasileira. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, n. 16, p. 13-22, 2002, p. 17. No mesmo sentido, FREITAS, Juarez. O estado essencial e o regime de concessões e permissões de serviços públicos. In: *Estudos de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 31-49 e JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 44.

intervenção do poder público na sociedade.⁴ Assume diferentes contornos de acordo com o modelo de Estado adotado e, por isso, discutir serviço público “representa enfrentar as questões mais nucleares da Política e do Direito. Trata-se de definir a função do Estado, seus limites de atuação e o âmbito reservado aos particulares”.⁵ Afinal, como afirma Dinorá Musetti Grotti, “cada povo diz o que é serviço público em seu sistema jurídico. A qualificação de uma dada atividade como serviço público remete ao plano da concepção do Estado sobre o seu papel. É o país, na lei, na jurisprudência e nos costumes vigentes em um dado tempo histórico”.⁶

Na Constituição de 1988, o serviço público está previsto de forma geral no art. 175 e de maneira específica nos dispositivos que distribuem as competências dentre os entes federativos. Retrata ofertas positivas do Estado, imputadas como tarefas públicas por serem admitidas como imprescindíveis e correspondentes a conveniências básicas da sociedade projetada pelo constituinte.

Tem-se, ainda, que o constituinte tratou do tema a partir da repartição de competências entre União, Estados e Municípios.⁷ Com isso, o art. 21, da CF/88, traz o rol de atividades que competem à União (manter o serviço postal e o correio aéreo nacional; explorar, direta ou indiretamente, os serviços de telecomunicações e os serviços de radiodifusão sonora de sons e imagens; os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água; a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura portuária; os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; os portos marítimos, fluviais e lacustres).

Já aos Estados-Membros, a competência para a prestação de serviços públicos é, em regra, remanescente, como se depreende do disposto no art. 25, §1º, da CF/88. Resta expressa, ademais, no §2º, do mesmo dispositivo legal, sua competência para explorar, diretamente ou mediante concessão, os serviços de gás canalizado.

No que se refere aos Municípios, compete a prestação de serviços de interesse local, conforme previsto no art. 30, da Carta Magna, abrangendo, aí, o serviço de transporte coletivo, de caráter essencial (art. 30, inc. V).

O constituinte estabeleceu, ainda, um catálogo de competências comuns aos entes federativos. Nesse rol encaixam-se os serviços de saúde (art. 198) e os de ensino (art. 211).

Ainda no que se refere ao elenco dos serviços públicos previstos normativamente no cenário nacional, tem-se que a Lei nº 9.074/95 estabelece, em seu art. 1º, como sendo de competência da União, as vias federais (IV); a exploração de obras ou serviços federais de barragens, contenções, eclusas, diques e irrigações, precedidas ou não da

⁴ Nesse sentido, SALOMONI, Jorge Luis. *Teoria...*, p. 196. No cenário nacional, por todos, JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria...*, p. 19. Em sentido contrário, GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 12. ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 93.

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria...*, p. 16.

⁶ GROTTI, Dinorá Musetti. *O serviço público e a constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 87.

⁷ O pacto federativo, elevado à cláusula pétrea na Constituição Federal de 1988, implica o reconhecimento de autonomia à União, aos Estados-Membros e aos Municípios. Essa autonomia abrange a capacidade de autolegislação, autotribuição e autoadministração. Essa é a justificativa, então, para que se reconheça a competência dos Estados-Membros e dos Municípios para implementar os serviços públicos, conforme a distribuição de competências feita pela CF/88. Sobre a teoria da federação no Brasil, ver, especialmente, ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

execução de obras públicas (V); estações aduaneiras e outros terminais alfandegados de uso público, não instalados em área de porto ou aeroporto (VI) e serviços postais (VII).

Tem-se, com isso, um vasto elenco de atividades que permitem afirmar que o serviço público é um dos instrumentos que permite aos cidadãos dessa e das próximas gerações o alcance aos direitos especialmente vinculados às condições de vida digna,⁸ sendo-lhe atribuída a natureza jurídica de direito fundamental.

A natureza jurídica do serviço público como direito fundamental, em verdade, vem sendo reconhecida desde há muito pela doutrina nacional. Romeu Felipe Bacellar Filho, nesse sentido, afirma ser necessário “reconhecer, no inciso IV, do art. 175 da Lei Fundamental de 1988, o direito fundamental ao serviço público adequado, como direito a exigir do Estado-Administração prestações positivas, de fornecer ‘utilidades e comodidades materiais’ consideradas necessárias, imprescindíveis para a pessoa e para a coletividade”.⁹ Também atribuem à natureza jurídica de direito fundamental ao serviço público, por exemplo, Adilson Dallari,¹⁰ Ana Cláudia Finger,¹¹ Carolina Zancaner Zockun¹² e Daniel Wunder Hachem.¹³

Trata-se de um direito fundamental fora do catálogo, um daqueles que “por seu conteúdo e por sua importância podem ser equiparado aos direitos formalmente (e materialmente) fundamentais”.¹⁴ Sob esse critério, acolhe-se a existência de um conteúdo material positivado que demanda proteção diferenciada, por traduzir valores tomados como essenciais pela coletividade, fora do Título dos Direitos Fundamentais e até mesmo na legislação infraconstitucional.¹⁵

⁸ “Os homens, em sociedade, desenvolvem, além de necessidades individuais, que comportam ser atendidas pelos próprios indivíduos, no âmbito e sob regime privados, algumas *necessidades coletivas*, que só podem ser plenamente satisfeitas se forem asseguradas ou assumidas pelo Poder Público e sob um regime que lhes garanta prestação adequada, com as características e nas condições tidas, em lei, como satisfatórias.” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 425).

⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *O poder...*, p. 64.

¹⁰ DALLARI, Adilson Azeu. Direito ao uso dos serviços públicos. *Revista trimestral de direito público*, n. 13, São Paulo, p. 210-215, 1999, p. 215.

¹¹ FINGER, Ana Cláudia. Serviço Público: um instrumento de concretização de direitos fundamentais. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 3, n. 12, p. 141-165, abr./jun. 2003.

¹² ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da intervenção do estado no domínio social*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 182-185.

¹³ HACHEM, Daniel Wunder. Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão: repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 14, n. 55, p. 123-158, jan./mar. 2014, p. 129.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 95.

¹⁵ De acordo com Cristina M. M. QUEIROZ “os direitos fundamentais surgem no Estado constitucional como ‘reação’ às ameaças fundamentais que circundam o homem e o cidadão. As funções específicas de perigo mudam historicamente, tornando-se necessários novos instrumentos de combate, que devem ser desenvolvidos, sempre de novo, em nome do homem e do cidadão. Isso significa uma abertura de conteúdos, de funções e de formas de proteção, de modo a que todos esses direitos possam ser defendidos contra os novos perigos que possam surgir no decurso do tempo. Este caráter aberto do catálogo e da garantia dos direitos fundamentais, seja no aspecto pessoal, seja no aspecto institucional ou coletivo, vem expresso numa multiplicidade de formas de proteção jurídica (...) Não existe *numerus clausus* de dimensões de tutela, do mesmo modo que não existe um *numerus clausus* de perigos. Daí a origem da expressão proteção dinâmica dos direitos fundamentais, utilizada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão”. (QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites de justiciabilidade*. In: *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 165-216; p. 49). Nesse mesmo sentido, as lições de J. J. Gomes CANOTILHO: “o amplo catálogo de direitos fundamentais ao qual é dedicada a Parte I da Constituição não esgota o campo constitucional dos direitos fundamentais. Dispersos ao longo da Constituição, existem outros direitos fundamentais, vulgarmente chamados direitos fundamentais formalmente constitucionais, mas fora do catálogo ou direitos fundamentais dispersos.” (CANOTILHO, José. Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 398).

No cenário nacional, o entendimento de que há direitos fundamentais fora do catálogo funda-se na cláusula de abertura do art. 5º, §2º, da Constituição. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, tal prescrição permite entender a Constituição como uma moldura que admite a aquisição de novos direitos fundamentais.¹⁶ Até porque, é inegável que “a opção do Constituinte, ao erigir certa matéria à categoria de direito fundamental, se baseia na efetiva importância que aquela possui para a comunidade em determinado momento histórico, circunstância esta indispensável para que determinada posição jurídica possa ser considerada fundamental”.¹⁷ Juarez Freitas interpreta o art. 5º, §2º, da CF/88, como verdadeira norma geral inclusiva, estendendo o *status* de direito fundamental (i) a prescrições constantes fora do art. 5º, da Carta Fundamental; (ii) aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e (iii) a preceitos da Declaração Universal dos Direitos do Homem.¹⁸

Com isso, da tratativa atribuída ao instituto pela Constituição, veja-se que o serviço público de espécie de atividade econômica em sentido amplo, previsto no art. 175, da CF/88, Título VII, dentre as normas que regulamentam a Ordem Econômica. Observe-se que tal função, assim como os demais institutos previstos nesse Capítulo da Carta, tem por fim “assegurar a todos existência digna”, conforme *caput* do art. 170 e, por isso, a sua fundamentalidade.

2 A necessária atribuição do traço de fundamentalidade ao regime jurídico do serviço público

Antes de consolidar-se no Brasil uma prática que desse azo à plena realização dos direitos sociais mediante a implementação de políticas públicas e de serviços públicos, nos termos preconizados pela Constituição Federal, o país foi assolado pela crise do Estado Social.

Nesse contexto, da esfera internacional emerge o neoliberalismo, que pretendia a reformulação do aparelho do Estado. De acordo com os seus postulados, a sobrevivência dos organismos políticos e a manutenção do sistema capitalista só serão possíveis com a diminuição da estrutura estatal mediante políticas de privatizações de empresas públicas; subtração da máquina administrativa e retração na 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.

Nesse contexto é que nasce a importância de se repensar o serviço público, na perspectiva adotada no presente texto, para defender que este instituto somente atenderá às finalidades que lhe são impostas pela Constituição Federal se o seu regime jurídico não for pautado nos princípios do regime jurídico administrativo.

Sabe-se que, da noção adotada no presente estudo, o serviço público é tomado como a atividade expressamente prevista no ordenamento jurídico, de prestações materiais, de titularidade estatal, executada pelo Estado ou por quem lhe faça às vezes, submetida a um regime jurídico específico e voltada à concretização dos direitos fundamentais, notadamente os de cunho social. De tal noção destacam-se três elementos:

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia...*, p. 98.

¹⁷ *Ibidem*, p. 104.

¹⁸ FREITAS, Juarez. *A interpretação...*, p. 207.

(i) o subjetivo, que indica o poder público como titular da atividade; (ii) o material, que se confunde com a finalidade do instituto, vocacionado à garantia de condições de dignidade aos cidadãos e (iii) o formal, que encerra a ideia de previsão legal e de um conjunto de princípios que tipificam os serviços públicos.

Importa, no presente texto, a reflexão sobre este último elemento, especificamente no que se refere ao conjunto de princípios que caracterizam tal instituto. Fala-se, aqui, de um conjunto de princípios e regras que caracterizam o serviço público, catálogo este que configura o que Marçal Justen Filho denomina regime jurídico específico.¹⁹ Aplicam-se, ainda, ao serviço público, todos os princípios que compõem o Regime Jurídico Administrativo, calcado nas noções de prerrogativas e sujeições, conforme definido por Rivero.²⁰

Romeu Felipe Bacellar Filho entende que a atividade de serviço público não poderá, em hipótese alguma, estar dissociada do regime jurídico administrativo. Segundo ele, os princípios que compõem tal regime “devem ser entendidos como de obediência obrigatória não somente pela Administração Pública em sentido subjetivo (órgãos da Administração Pública direta, autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista que compõem a Administração Pública indireta), mas também pela Administração em sentido objetivo, da atividade administrativa, que inclui o serviço público”.²¹ Admitem, ainda, o regime jurídico do direito público como o único capaz de normatizar o serviço público, em solo nacional, Themistocles Brandão Cavalcanti,²² José Cretella Júnior,²³ Hely Lopes Meirelles,²⁴ Diógenes Gasparini,²⁵ Juarez Freitas,²⁶ dentre outros.

Juan Carlos Cassagne, na Argentina, igualmente faz a defesa do regime jurídico publicista como elemento central para a qualificação dos serviços públicos. Afirma, de maneira mais ampla, que essa é a verdadeira utilidade da noção de serviço público, ou seja, “la aplicación del régimen jurídico peculiar y específico del servicio público a

¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria...*, p. 20. É certo que tais princípios poderão informar outras atividades administrativas. Porém, é a presença dos três princípios – universalidade, modicidade das tarifas e continuidade – aliados, ainda, aos outros traços imputados a esta categoria, que permitirá a identificação da noção de serviço público. Com efeito, não se está afirmando, no presente estudo, que os demais serviços prestados pelo poder público não tenham a incidência de alguns aspectos referentes à universalidade, à continuidade ou à modicidade. Todavia, o sentido adotado por tais princípios, na matéria referente aos serviços públicos, é que os caracterizam como integrantes desse chamado regime jurídico de serviço público.

²⁰ RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981, p. 42. No Brasil, o autor que melhor trata do tema do regime jurídico administrativo é Celso Antônio Bandeira de Mello (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 95 e ss.). Elenca, assim, como princípios que integram o regime jurídico administrativo os seguintes: (i) princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado; (ii) princípio da legalidade; (iii) princípio da finalidade; (iv) princípio da razoabilidade; (v) princípio da proporcionalidade; (vi) princípio da motivação; (vii) princípio da impessoalidade; (viii) Princípio da Publicidade; (ix) princípios do devido processo legal; (x) Princípio da Moralidade administrativa; (xi) princípio do controle judicial dos atos administrativos; (xii) princípio da responsabilidade do estado por atos administrativos; (xiii) princípio da boa administração; (xiv) princípio da segurança jurídica; (xv) princípio da indisponibilidade do interesse público; (xvi) princípio da isonomia. Remete-se, então, para o estudo dos princípios gerais aqui elencados, à obra de tal autor.

²¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Serviço...*, p. 607.

²² CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Tratado de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1964. v. 2, p. 8.

²³ CRETILLA JÚNIOR, José. *Direito Administrativo do Brasil*. São Paulo: RT, 1958. v. 2., p. 55.

²⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 297.

²⁵ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 141.

²⁶ FREITAS, Juarez. *Regime dos serviços...*, p. 23.

determinadas actividades que prestan el Estado o los particulares”.²⁷ Para ele, o Estado deve atuar, neste aspecto, “como garante y responsable del buen funcionamiento de los servicios públicos, asegurando su continuidad y regularidad”.²⁸

Contudo, a admissão do elemento formal como integrante da noção de serviço público é relativizada ou refutada pela doutrina,²⁹ notadamente após os processos de Reforma da década de 1990.

Marçal Justen Filho, como antes se referiu, ainda que reconheça o elemento formal como característica do instituto, afirma que, dentro do catálogo constitucional de atividades atribuídas ao poder público, somente serão identificadas como serviço público aquelas que sejam diretamente relacionadas à concretização da dignidade da pessoa humana ou aos fins essenciais da República Federativa do Brasil. Por isso, não se poderia tomar o regime jurídico típico de serviço público como o elemento que levaria o intérprete a identificar tal atividade, porque os demais elementos que normalmente lhe são atribuídos, em verdade, decorrem da sua identificação como serviço público. Ou seja, “o serviço é público antes de ser estatal”³⁰ e é por esta razão que está submetido a um regime jurídico específico.³¹

O critério adotado pelo autor, como se observa, é eminentemente material. Portanto, considera que a mera previsão de uma atividade no catálogo das competências constitucionais atribuídas aos entes federativos não basta para transformá-la em serviço público. Afasta-se, assim, dos autores que adotam a categoria de *serviços públicos por inerência*.³² Tal posição dá margem para que o intérprete da Constituição estabeleça, nos casos concretos, o que entende por serviço público. Em outros termos, o referencial passa a ser um referencial político, o que dá abertura a uma apreciação discricionária do poder público sobre qual atividade apresentaria a natureza de serviço público.

Estar-se-ia a admitir, com isso, uma interpretação restritiva dos dispositivos constitucionais que atribuem as competências ao poder público, dissociando-se, assim, da compreensão tradicional, a qual entende que todas as atividades administrativas de natureza prestacional atribuídas ao Poder Público pela Carta Magna seriam serviços públicos.

²⁷ CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. 6. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998. t. 2, p. 427. No mesmo sentido, BIELSA, Rafael. *Derecho administrativo*. 6. ed. Buenos Aires: La Ley, 1964, p. 467.

²⁸ CASSAGNE, Juan Carlos. *La crisis...*, p. 386.

²⁹ Em verdade, o tema do regime jurídico dos serviços públicos tem suscitado acalorados debates no âmbito da doutrina nacional, principalmente depois da edição da Lei nº 9.472/97, que regulamentou os serviços de telecomunicações no Brasil e estabeleceu, em seus arts. 63 a 67, que tais serviços poderão ser prestados sob o regime jurídico de direito público ou de direito privado e que tal definição deverá ser feita pelo Presidente da República.

³⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria...*, p. 21.

³¹ De certa forma, Eros Roberto Grau também admite que a titularidade do Estado advém da caracterização de uma determinada atividade, afirmando que “porque assume o caráter de serviço público, deve ser prestada à sociedade pelo Estado (ou por pessoa administrativa, direta ou indiretamente). (GRAU, Eros Roberto. *Constituição...*, p. 265).

³² JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria...*, p. 44. Conforme refere o autor, adotava, até 2003, o entendimento de que todas as atividades previstas no elenco constitucional traduziam-se como serviços públicos por inerência. Mudou, contudo, seu posicionamento para adotar um critério eminentemente material. O fundamento de tal entendimento pode ser encontrado, por exemplo, na seara do Direito Constitucional, em autores que postulam a necessidade de se identificar conteúdos essencialmente constitucionais, aqueles que são dignos de serem constitucionais. A título de exemplo, veja-se a obra de STERN, Klaus. *Derecho del estado de la Republica Federal Alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 231.

Diante disso, seria possível pensar que a definição em concreto do catálogo de serviços públicos teria sido uma deferência que o poder constituinte fez ao legislador. E poder-se-ia argumentar que a escolha política das atividades não traria prejuízos aos cidadãos, porque tal decisão estaria submetida ao controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário.

Porém, a questão que fica para ser debatida é o alcance da competência conferida ao Legislativo, nesta matéria. Parece não se coadunar com a sistemática brasileira admitir que o Poder Legislativo poderia, mediante lei, retirar algumas atividades, previstas na Constituição, do âmbito dos deveres do Poder Público. Por isso, admite-se que todas as atividades administrativas trazidas no elenco constitucional, que ostentem natureza prestacional,³³ são serviços públicos. Considera-se, assim, que a escolha política foi feita pelo Poder Constituinte Originário, na medida em que foram reconhecidas na Carta Constitucional, porque se prestam a concretizar os fins essenciais da República e, em última análise, a dignidade dos cidadãos.

Embora Marçal Justen Filho relativize o elemento formal como integrante do conceito de serviço público, admite que as atividades assim designadas serão prestadas sob regime jurídico peculiar de direito público.

A existência de um regime jurídico do serviço público, todavia, vem sendo refutada por autores que pretendem a releitura do instituto. Nesse sentido, é possível dizer que Carlos Ari Sundfeld defende a tese de que a Constituição Federal não teria vinculado o regime jurídico publicista ao instituto do serviço público, cabendo ao legislador definir o regime a ser aplicado.³⁴

Veja-se que não se trata do mesmo posicionamento de Marçal Justen Filho. Enquanto o professor paranaense admite que o legislador infraconstitucional detém competência para, mediante a lei, definir o que é ou não serviço público, Sundfeld assevera que o regime do serviço público dependerá do critério do legislador, podendo ser ora de direito público, ora de direito privado.

Já se demonstrou que, ao se considerar o serviço público como atividade administrativa, impõe-se a conclusão lógica de que seu regime será aquele peculiar da Administração Pública, previsto expressamente no art. 37, *caput*, da Carta Magna, nos princípios implícitos no texto constitucional e em alguns outros previstos na legislação infraconstitucional, considerados materialmente fundamentais. Daí porque não há como se admitir o pensamento de Carlos Ari Sundfeld.

Dinorah Musetti Grotti igualmente refuta a adoção do regime jurídico de direito público como elemento caracterizador do instituto. Segundo a autora, “a consagração pela jurisprudência da noção da gestão privada levou a matizar esta apreciação formal, tendo destruído a ideia de uma aplicação total e sistemática do direito administrativo a todos os aspectos da organização e do funcionamento dos serviços públicos”.³⁵ Por tal razão, admite que certos serviços possam submeter-se ao direito privado, porque, para ela, “a Constituição não trata, porém, todos os serviços de maneira uniforme”.³⁶

³³ Defende esse entendimento, por exemplo, MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 679.

³⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. Serviços públicos e regulação estatal. In: _____. (Coord.) *Direito Administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 17-38; p. 33.

³⁵ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço...*, p. 47.

³⁶ *Ibidem*, p. 89.

Destarte, “há submissão em graus variáveis, a um regime de direito público e, em algumas situações, ao direito privado”.³⁷

Odete Medauar, afirma que o regime jurídico do serviço público poderá ser parcialmente público, ainda que as atividades assim consideradas sempre apresentem ao menos certo *quantum* de Direito Administrativo.³⁸ Na mesma perspectiva, Maria Sylvia Zanella Di Pietro.³⁹

Para Alexandre Santos de Aragão, o critério do regime jurídico não poderá ser utilizado de forma isolada para explicar a noção, porque alguns dos princípios que lhe informam (universalidade, continuidade, igualdade, segundo ele) seriam aplicados também a entidades privadas.⁴⁰ O autor vai além em sua crítica em relação ao regime jurídico do serviço público para afirmar que “a sua aplicação na Administração Pública é comum a todas as atividades estatais e administrativas, e não apenas aos serviços públicos”.⁴¹ Finaliza sua apreciação sustentando que “a colocação desses princípios como os princípios peculiares reitores dos serviços públicos só faria sentido se equiparássemos os serviços públicos a todas as atividades estatais”.⁴²

Raquel Dias da Silveira, em trabalho que trata do regime jurídico dos serviços de telefonia fixa, também admite a presença de traços do direito privado no regime jurídico dos serviços públicos, notadamente naqueles que apresentam caráter comercial ou industrial.⁴³

João Batista Gomes Moreira propõe a superação da dicotomia entre os regimes público e privado na regulamentação do direito administrativo, sob a orientação de que o seu centro de gravitação deverá ser a “finalidade pública administrativa”.⁴⁴

Na doutrina estrangeira também despontam aqueles que se posicionam no sentido de que o regime jurídico de direito público deixou de ser um elemento central na definição do instituto de serviço público. Aliás, tal posicionamento não é recente. Com efeito, Epaminondas Spiliotopoulos, já em 1959, sustentava que não era mais possível identificar “o princípio da aplicação de um regime especial em face da ocorrência do serviço público”.⁴⁵ Na década de 1960, Jean Rivero afirmava que “o processo do serviço público já não se define, pois, um regime jurídico preciso”.⁴⁶

No mesmo sentido, Chevallier afirma que, no atual contexto, é possível reconhecer um conjunto de regras de direito público e de direito privado aos serviços públicos, não sendo mais o regime exorbitante o único aplicável.⁴⁷

³⁷ *Idem.*

³⁸ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 11. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 315.

³⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 107.

⁴⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 146.

⁴¹ *Idem.*

⁴² *Idem.*

⁴³ SILVEIRA, Raquel Dias da. O equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de serviço de saneamento básico e o direito público subjetivo do usuário à modicidade da contraprestação. In: FORTINI, Cristiana; PICININ, Juliana (Orgs.). *Saneamento básico: estudos e pareceres à luz da Lei nº 11.445/2007*. Belo horizonte: Fórum, 2009, p. 256-274; p. 236, p. 48.

⁴⁴ MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito Administrativo*. Da rigidez autoritária à flexibilidade democrática. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 168.

⁴⁵ Citado por MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Natureza...*, p. 162.

⁴⁶ RIVERO, Jean. *Op.cit.*, p. 501.

⁴⁷ CHEVALLIER, Jacques. A reforma do estado e a concepção francesa do serviço público. *Revista do Serviço Público*, v. 120, n. 3, Brasília, p. 35-58, set./dez. 1993, p. 36.

Agustín Gordillo, na Argentina, apesar de reconhecer um regime jurídico publicista para os serviços públicos, em face das peculiaridades apresentadas pelas atividades assim denominadas, sustenta que “es el orden jurídico el que le impone las reglas que el legislador há estimado oportunas a cada servicio público y es el ente regulador el que completa la tarea de determinar el régimen específico de cada actividad sometida a este control”.⁴⁸

A posição de tais autores, contudo, é rechaçada por Juan Carlos Cassagne, que afirma: “y menos aún puede hablarse de una quiebra de la noción jurídica tradicional en lo que atañe al régimen jurídico del derecho público que acompaña al servicio público”.⁴⁹

Na esfera nacional, a discussão sobre a adoção do regime jurídico publicista para o serviço público assume maior relevância a partir da edição das leis que vieram a regulamentar tal matéria.⁵⁰ Editadas no contexto da Reforma Administrativa do Estado Brasileiro e implementadas principalmente na década de 1990, tais normas pretendiam a flexibilização do instituto, reforçando seu caráter de atividade econômica. Pretendia-se, portanto, com tal conjunto normativo, viabilizar a adoção de um paradigma intensamente voltado aos interesses do mercado, permitindo a prestação do serviço público mediante regime jurídico de direito privado, na esteira do pensamento esposado por Carlos Ari Sunfeld.⁵¹

Nesse diapasão, a transformação do serviço público, mediante a alteração de seu regime jurídico, tornava-se essencial para modificar o perfil de intervenção do Estado brasileiro, permitindo-se a aplicação, por aqui, dos moldes aplicados a determinados serviços na esfera internacional.⁵²

Final, no âmbito da União Europeia, o ideário neoliberal imprimiu uma reformulação da noção de serviço público, quase inteiramente substituída pelos chamados serviços de interesse econômico geral e serviços universais. No Brasil, com o avanço da globalização e do neoliberalismo, foi editada, na década de 1990, uma série de Emendas Constitucionais que pretendiam rever os valores modelados pelo constituinte originário no campo da Administração Pública. Verificou-se, então, certa ruptura no pensamento publicista nacional: de um lado os que permaneceram defendendo a

⁴⁸ GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. t. II, p. VI – 36.

⁴⁹ CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho...*, p. 423.

⁵⁰ Ver, exemplificativamente, Lei nº 9.427/96, que instituiu a ANEEL, Lei nº 9.472/97, que criou a ANATEL, Lei nº 9.478/97, regulamentando a ANP, Lei nº 9.491/97, que estabeleceu o programa de desestatização, Lei nº 9.637/98, que criou as Organizações Sociais, Lei nº 9.782/99, que criou a ANVISA, Lei nº 9.790/99, que instituiu as organizações da sociedade civil de interesse público, Lei nº 9.961/00, que estabeleceu a ANS, Lei nº 9.984/00, que cria a ANA, Lei nº 10.233/01, que criou a ANTT e ANTAQ, Lei nº 11.079/04, que regulamentou as Parcerias Público-Privadas e as Emendas Constitucionais nº 1 a nº 45.

⁵¹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Serviços...*, p. 33.

⁵² No Brasil, dentre tantos, tais ideias podem ser ilustradas com o que afirmou Cordovil: “a promulgação do texto constitucional e a edição de diversas emendas constitucionais promoveram alterações substanciais no contexto da prestação de serviços pelo Estado, que ocasionaram a reforma estatal e a liberalização e a desregulamentação deste setor. O princípio da livre iniciativa foi consagrado, e mesmo a prestação de serviços públicos, regida pelo Direito Público, foi submetida à observância dos princípios da livre concorrência e da propriedade privada, norteadores da economia de mercado. Seria um contrassenso não admitir que os serviços públicos foram tratados como atividades econômicas pelo legislador, cuja vontade superou a teoria e se transformou em realidade” (CORDOVIL, Léon or Augusta Giovine. A intervenção estatal nas telecomunicações. Dissertação de mestrado defendida na Universidade Federal de Minas Gerais, 2003, p. 61-62, citado por SILVEIRA, Raquel Dias da. O repensar da noção de serviço público sob o paradigma da realidade brasileira. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício (Coord.) *Direito público moderno*. Homenagem especial ao Professor Paulo Neves de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 97-117; p. 107.

necessidade de se implantar, na esfera administrativa, o modelo trazido originariamente pela CF/88; de outro, os adeptos da Reforma Administrativa que buscavam a acolhida integral dos postulados neoliberais, traduzidos no modelo de gestão gerencial.

A realidade socioeconômica brasileira, entretanto, não permite acolher tais ideias. Ao contrário, clama pela necessária defesa da fórmula do Estado Social e Democrático de Direito, no qual o acesso ao serviço público adequado – e isso implica dizer: o seu regime jurídico - deverá ser entendido como direito fundamental.⁵³

Embora alguns dos princípios que compõem tal regime guardem previsão expressa na Constituição de 1988, o certo é que o art. 6º, §1º, da Lei nº 8.987/95, é o dispositivo que concretiza a noção de *serviço público adequado*, do citado art. 175, Parágrafo Único, IV, da Carta Magna. Com efeito, é nesse dispositivo legal que são estabelecidos, expressamente, os princípios que permitem identificar o que se entende por serviço público adequado, nos seguintes termos: “Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”.

Logo, pela cláusula inclusiva do art. 5º, §2º, da CF/88, é possível a leitura do regime jurídico do serviço público como direito fundamental. Este entendimento filia-se ao posicionamento de Ingo Wolfgang Sarlet, quando defende expressamente que “é ao legislador ordinário que se pode atribuir o pioneirismo de recolher valores fundamentais para determinada sociedade e assegurá-los juridicamente, antes mesmo de uma constitucionalização”.⁵⁴

Adotando-se essa perspectiva, o direito ao serviço público prestado sob o regime da Lei nº 8.987/95, ou seja, o serviço público adequado, universal, contínuo e com taxas⁵⁵ e tarifas⁵⁶ módicas, é um mecanismo de distribuição de riqueza, por meio do qual

⁵³ Em verdade, ainda que a ideia ora desenvolvida esteja vinculada a um novo momento do Direito Administrativo, não há grande novidade. Vários autores colocam o serviço público como direito fundamental, como já foi ressaltado. Por isso, a ideia não é defender a tese do serviço público como direito fundamental, mas agregá-lo um *plus*, uma garantia de vinculação ao modo de realização sem o qual a simples ideia de serviço público poderá ser uma fórmula vazia. Essa foi a tese defendida pela autora, perante a UFPR. Ver em SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Regime jurídico do serviço público: garantia fundamental do direito do cidadão e proibição de retrocesso social. Curitiba, 2009, 224 f. Tese. (Doutorado em direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal do Paraná.

⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia...*, p. 103.

⁵⁵ Em geral, entende-se por taxa a contraprestação devida pelos cidadãos em relação aos serviços ditos obrigatórios, aqueles que a Lei define como de fruição compulsória. Trata-se de espécie tributária, prevista no art. 145, II, da Constituição, nos seguintes termos: “Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: (...) II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;” O CTN, em seu art. 77, conceitua essa espécie de tributo: “Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição. Parágrafo único. A taxa não pode ter base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondam a imposto, nem ser calculada em função do capital das empresas.” Segundo definição de César A. Guimarães Pereira, “as taxas são tributos. Submetem-se ao regime tributário. Somente podem ser instituídas ou majoradas mediante lei publicada no exercício financeiro anterior àquele em que deva incidir.” (PEREIRA, César A. Guimarães. *Usuários de serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 347).

⁵⁶ Aplicada, ao lado do preço público, como os termos que caracterizam as contraprestações dos serviços entendidos como facultativos. César A. Guimarães Pereira explica que “as tarifas não são tributos. Corresponde à remuneração de serviços públicos objeto de concessão ou permissão, prestados indiretamente na forma do art. 175 da Constituição. Ainda que derivem da proposta do concessionário na licitação, são fixadas por ato administrativo (no mínimo homologatório). Portanto, derivam de ato infralegal. Não são preços privados, mas remuneração

se minimizam as desigualdades sociais com o fornecimento de prestações a todos os necessitados, apresentando-se como um mecanismo de efetiva redução das desigualdades sociais.⁵⁷ Nessa dimensão, apenas o regime jurídico de direito público é que poderá consagrar a devida promoção dos direitos sociais, mediante este instrumento.

O serviço público adequado passa a ser exigência, então, do conjunto dos princípios estruturantes da Carta Magna. Isto porque, ao garantir aos cidadãos o devido acesso aos bens vinculados aos direitos sociais – a uma tarifa módica, de maneira universal e contínua –, garante-se efetividade ao princípio do Estado Social, assegura-se as condições necessárias para a efetivação do princípio Democrático e permite-se a consolidação da cidadania, de forma a afiançar com e por tudo isso, a concretização do princípio da dignidade de todas as pessoas.

Ocorre que, em um cenário no qual se tem permitido, mediante artifícios infraconstitucionais, o repasse de atividades típicas à iniciativa privada, faz-se importante retomar o alcance que deve ser dado ao instituto do serviço público, como garantia fundamental. E a reflexão que se pretende, no presente estudo, tem por objetivo demonstrar que, no cenário nacional, os serviços públicos somente serão prestados sob o regime jurídico de direito público. Nos casos em que tais atividades sejam prestadas sob o regime jurídico de direito privado, defende-se que serão atividades econômicas. Tal ideário, ao contrário do que possa parecer, não tem por objetivo afastar a proteção dada pelo constituinte, às atividades essenciais consideradas *serviço público*. Ao contrário, presta-se a impor ao Poder Público que todas as atividades elencadas no texto constitucional sejam prestadas sob regime jurídico de direito público, ainda que se admita – e aqui a inovação proposta – que poderão ser exploradas pela iniciativa privada concomitantemente.

3 Uma leitura da exclusividade na prestação do serviço público

No Brasil, entende-se que os serviços atribuídos à União Federal, aos Estados-Membros e aos Municípios constituem-se como serviços de titularidade exclusiva do poder público,⁵⁸ só podendo ser prestado pelos particulares mediante delegação⁵⁹

estipulada de acordo com os princípios e parâmetros comuns da atuação administrativa, inclusive quanto à subordinação à lei. Não se submetem ao princípio da legalidade, é diferente da que caracteriza o regime tributário.” (Ibidem, p. 349). Raquel Dias da Silveira, entretanto, acentua que o Supremo Tribunal Federal entendeu, na contramão da doutrina, “que o critério da obrigatoriedade ou da facultade para definir a natureza da contraprestação do serviço é demasiado simplista.” Refere, com isso, que “segundo o STF, a contraprestação do serviço de água e esgoto, na técnica fiscal-administrativa, corresponde a preço público”. (SILVEIRA, Raquel Dias da. O equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de serviço de saneamento básico e o direito público subjetivo do usuário à modicidade da contraprestação. In: FORTINI, Cristiana; PICININ, Juliana (Orgs.). *Saneamento básico: estudos e pareceres* à luz da Lei nº 11.445/2007. Belo horizonte: Fórum, 2009, p. 256-274; p. 236).

⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia...*, p. 122.

⁵⁸ Marçal JUSTEN FILHO refere que “segundo os conceitos clássicos do Direito Administrativo, o serviço público é de titularidade do Estado, ainda que sua gestão possa ser atribuída a particulares... Nem se poderia cogitar de livre concorrência, pois a titularidade estatal se retrata no monopólio estatal” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, 5 ed, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 607). Em outra passagem, o autor define monopólio como “situação que se apresenta quando uma certa utilidade pode ser ofertada por preço inferior quando existente um único fornecedor.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria...*, p. 32).

⁵⁹ Como exceções figurariam somente aquelas atividades expressamente previstas no texto constitucional, como ocorre no caso da saúde e da educação. Em relação a estas, permitiu-se a exploração pela iniciativa privada, no regime de direito privado, nos moldes de atividade econômica em sentido estrito.

(concessão, permissão e, em alguns casos, autorização). A previsão de tais atividades dentre o catálogo de competências dos entes federativos faria com que elas estivessem excluídas do rol de atividades econômicas em sentido estrito. Em outras palavras, a atribuição de tais serviços aos entes públicos impediria que fossem eles titularizados pelos particulares.⁶⁰

Elucidando tal posicionamento no cenário nacional, Celso Antônio Bandeira de Mello ressalta que os serviços públicos constituem “atividades materiais que o Estado, inadmitindo que possam ficar simplesmente relegadas à livre iniciativa, assume como próprias”. Assevera, ainda, que “salvo algumas exceções ao diante referidas (educação, previdência social e assistência social), estão excluídas da esfera do comércio privado”. Ou seja, para o autor, “as atividades em questão *não pertencem à esfera da livre iniciativa*, sendo estranhas, então, ao campo da exploração da atividade econômica”.⁶¹ Na doutrina alienígena, Laubadère define que “El Estado erige una actividad como servicio público en lugar de dejarla a la iniciativa privada, cuando cree que la necesidad pública a la cual corresponde esa actividad no la podría satisfacer o la satisfaría mal la iniciativa privada”.⁶²

Admite-se, então, de forma pacífica, que a atribuição de competências vincula a exclusividade na titularidade do serviço,⁶³ até por força da compreensão que se tem de tais serviços, pensados como atividades que, dado o seu grau de importância para o atendimento das necessidades sociais, deveriam ser promovidas pelo Estado, entendimento citado por Marçal Justen Filho quando diz: “No tocante aos serviços públicos, faz-se sua atribuição ao Estado, com inevitável cunho de exclusividade”.⁶⁴

Com base em tais premissas, Celso Antônio Bandeira de Mello elaborou uma tipologia dos serviços públicos baseada no critério da exclusividade de sua titularidade. Acompanhado da posição dominante na doutrina nacional,⁶⁵ divide os serviços públicos em (i) serviços privativos, os “referidos no art. 21, XI e XII, bem como quaisquer outros cujo exercício suponha necessariamente a prática de atos de império”,⁶⁶ nos quais há monopólio de titularidade e (ii) serviços públicos não privativos, que indicam aqueles “que o Estado deve desempenhar, imprimindo-lhes regime de Direito Público, sem, entretanto, prescrever a livre iniciativa do ramo de atividades em que se inserem”.⁶⁷

⁶⁰ Embora Marçal JUSTEN FILHO alerte para o fato de que a exclusividade não é uma derivação inerente ao conceito de serviço público. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso...*, p. 608).

⁶¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 670. No mesmo sentido, Dinorá Adelaide Musetti Grotti afirma: “o art. 21 lista atividades que somente podem ser desempenhadas diretamente pela União ou mediante autorização, permissão ou concessão, o que importa necessariamente no reconhecimento de que são serviços públicos.” (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço...*, p. 91-92). A posição também é defendida por Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “a Constituição Federal continua a atribuir atividades ao poder público, com caráter de exclusividade, como ocorre, por exemplo, com o artigo 21; e continua a prever, como encargo do Estado, a prestação de serviço público, nos termos do artigo 175.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, p. 98). No mesmo sentido, ainda, MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro, 2009, p. 479.

⁶² LAUBADÈRE, André de. *Manual de derecho administrativo*. Bogotá: Temis Libreria, 1984, p. 19.

⁶³ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 11. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 332-333.

⁶⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria...*, p. 39.

⁶⁵ A mesma terminologia é usada por GRAU, Eros Roberto. *A ordem...*, p. 124, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, p. 104 e MEDAUAR, Odete. *Direito...*, p. 332-333.

⁶⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 681. Aqui, pede-se vênia pra discordar do autor em relação à utilização do poder de império para o exercício de tais atividades, pelos motivos antes elencados.

⁶⁷ Elenca, nessa classificação, os serviços de saúde, educação, assistência social e previdência social (*Idem*).

Com base nessa tipologia, o autor identifica quatro espécies de serviço público: (i) serviços de prestação obrigatória e exclusiva do Estado (serviço postal e correio aéreo nacional);⁶⁸ (ii) serviços que o Estado tem obrigação de prestar e obrigação de conceder (radiodifusão sonora – rádio – ou de sons e imagens); (iii) serviços que o Estado tem obrigação de prestar, mas sem exclusividade (educação, saúde, previdência social, assistência social e radiodifusão sonora e de sons e imagens) e (iv) serviços que o Estado não é obrigado a prestar, mas, não os prestando, terá que promover-lhes a prestação, mediante concessão ou permissão.

Os argumentos desenvolvidos na presente pesquisa pretendem a releitura dessa classificação, para relativizar a categoria dos serviços de titularidade exclusiva, admitindo a exclusividade somente nos casos prescritos na Constituição ou na Lei.⁶⁹ Isto porque, é certo que, ao atribuir a titularidade de um serviço ao Estado, o poder constituinte ou o legislador infraconstitucional crie para a Administração Pública o dever inescusável de sua prestação⁷⁰ e, em contrapartida, um direito subjetivo para toda a coletividade.⁷¹ Porém, não há no texto constitucional qualquer indicativo de que tais atividades não possam ser exploradas diretamente pelos particulares. Esse posicionamento é defendido de maneira a compatibilizar a atual normativa do instituto aos elementos tomados como essenciais em sua definição (subjetivo, formal e material). Essa é uma contribuição do presente ensaio que procura responder às interessantes indagações formuladas por Emerson Gabardo: se for possível prestar serviço público sob o regime privado, então cabe sustentar que o regime de Direito público (sentido formal) ainda é apto a caracterizá-lo? Não seria mais razoável supor que não se está mais diante de um serviço público? Caso se mantenha o entendimento de que a atividade é realmente serviço público, não seria inconstitucional (e logicamente incongruente) aplicar a ele um regime de Direito privado? Ainda, se o regime for desimportante para a caracterização ou não de um serviço público, então não seria o caso de assumir o critério material como exclusivo, abandonando-se a tese de um “regime geral” e reconhecendo-se a setorialização como característica da ontologia dos serviços públicos no Brasil?⁷²

⁶⁸ Com efeito, sustenta o autor que “ao arrolar, no art. 21, competências da União quanto à prestação de serviços públicos, menciona, nos incisos XI e XII (letras “a” e “f”), diversos serviços. A respeito deles, esclarece que a União os explorará diretamente ‘ou mediante autorização, concessão ou permissão’. Diversamente, ao referir no inciso X o serviço postal e o correio aéreo nacional, não concedeu tal franquia. Assim, é visível que não quis dar o mesmo tratamento aos vários serviços que considerou.” (*Ibidem*, p. 683). Veja-se que o autor não faz referência, aqui, às franquias da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.

⁶⁹ O e-STJ, no julgamento do MS 5307, do Distrito Federal, adota posição diametralmente oposta: afirmando-se que “não se inclui no conceito de atividade econômica aquela que a Constituição qualificou como serviço público, ainda que potencialmente lucrativa (v.g. serviços de radiodifusão sonora), mas se sujeita a disciplina cujo objetivo é realizar o interesse público.”

⁷⁰ A expressão referida no item acima, é de Celso Antônio Bandeira de Mello, que trata tal conteúdo como princípio. Interessantes as suas colocações: “entendemos que, havendo a Constituição previsto ditos serviços como públicos, o Estado não pode se furtar a promovê-los ou assegurar-lhes a promoção em favor dos administrados. Logo, estes têm direito a que sejam instituídos os serviços que sejam singularmente fruíveis e podem judicialmente exigi-los.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 684). Ver, ainda, sobre o tema, Capítulo I, números 38 a 42 e Capítulo XVIII, números 25 a 34, em que o autor trata da categoria de direitos subjetivos públicos.

⁷¹ Ana Cláudia Finger afirma: “Sendo a sua prestação um dever do Estado para atendimento de uma essencial necessidade da comunidade, o serviço público constitui um direito público subjetivo do cidadão, constituindo instrumento de realização efetiva dos direitos fundamentais sociais.” (FINGER, Ana Cláudia. *Serviço...*, p. 61).

⁷² GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 135.

Desse modo, entende-se ser possível argumentar que o art. 21, e os demais dispositivos da CF/88 que tratam da imputação de competências aos entes federativos, no que se refere à titularidade de serviços, o fazem com o objetivo de legitimar a sua atuação em tais áreas, mas sem ter o alcance de impedir a sua exploração pela iniciativa privada.

Em sentido contrário, argumenta-se que tal interpretação não seria aceitável em face de um critério topográfico. Já que o art. 21, da CF/88 prevê hipóteses de atividades privativas da União, elencando, ao lado dos serviços públicos, funções privativas de natureza política e, considerando que estas, de forma alguma, poderiam ser titularizadas pelos privados, esta regra deveria ser aplicada a todas as funções ali previstas: nenhuma poderia ser titularizada pela iniciativa privada. Porém, parece que se tem, com isso, um único critério interpretativo para atividades que, por definição, apresentam natureza jurídica absolutamente distinta.

Veja-se que citado artigo trata não só de atividades administrativas, mas também de funções de natureza eminentemente políticas, atos de governo. Citem-se, por exemplo, a manutenção de relações com Estados estrangeiros (inc. I); a declaração de guerra e a celebração da paz (inc. II); e a emissão de moedas (VII). Tais atividades indicam, em qualquer modelo político, atividades em que é exercido o poder soberano, e a sua titularidade exclusiva se justifica, então, em face deste caráter.

Porém, não é essa a natureza dos serviços públicos.⁷³ Desde Léon Duguit parece correto dissociar a ideia de *puissance* em relação a tais serviços, justificando-se tais atividades não em face do exercício do poder soberano, mas no atendimento de necessidades sociais. É a ideia do Estado-prestacional em substituição à do Estado-poder.⁷⁴

Tanto é assim que os serviços públicos apresentam-se como espécies de atividades econômicas que, por uma decisão política,⁷⁵ integram também o rol das competências públicas, como garantia de efetivação dos direitos fundamentais.⁷⁶ Emerson Gabardo explica tal ideia: “o serviço público nada mais é do que uma atividade econômica em sentido estrito que teve seu regime jurídico alterado, mediante uma ação imperativa

⁷³ Nesse sentido, Marçal JUSTEN FILHO assevera: “serviço público é a satisfação concreta de necessidades. Por isso, não abrange o exercício de competências políticas inerentes à organização política do Estado, que traduzam monopólio estatal da violência e outras competências reflexas, que se relacionam à concepção de que *‘Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente...’*” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso...*, p. 597). (grifos do autor.)

⁷⁴ Para Léon Duguit, “o estado não deve conceber-se como uma coletividade personificada, investida no poder soberano que ordena; mas é fato que, numa coletividade determinada, há uma diferenciação tal que o grupo dos mais fortes formula o direito, sanciona, organiza e fiscaliza os serviços públicos.” (DUGUIT, Léon. *Fundamentos do direito*. Tradução: Servanda. Campinas: Servanda, 2008, p. 55).

⁷⁵ “A qualificação de uma atividade como serviço público envolve critérios não apenas de eficiência econômica, mas também indica uma opção política sobre as funções reservadas ao Estado. (...) definir serviço público pressupõe definir e dimensionar o Estado e os valores jurídicos fundamentais por ele consagrados. O conceito de serviço público é um conceito reflexo. Deriva do modelo constitucional assumido pela comunidade, inclusive no tocante à função e ao papel que a própria comunidade reserva para si própria. Por isso, é impossível formular conceito não histórico de serviço público.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria...*, p. 35).

⁷⁶ Nesse sentido, Alexandre Santos de Aragão pontua que os serviços públicos “são atividades econômicas *lato sensu*, que não têm ínsita em si a integração à esfera pública ou privada, ou seja, são atividades que, ontologicamente, poderiam pertencer a uma ou a outra esfera, mas que o Constituinte ou o Legislador, em função de uma avaliação do interesse da coletividade em determinando momento histórico, entendeu que o Estado deveria, para cumprir as suas funções constitucionais de proteção dos liames sociais, tomar a atividade como sua.” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit.*, p. 132).

do Estado ao torná-lo típico”.⁷⁷ E conclui: “como atividade econômica qualquer, submetia-se ao regime jurídico de Direito privado... Diferentemente, como serviço público propriamente dito, será conduzido pelo regime jurídico de Direito público...”.⁷⁸

A classificação dos serviços públicos como espécie do gênero atividade econômica, no Brasil, tornou-se conhecida em face do trabalho desenvolvido por Eros Roberto Grau. Segundo o autor, é no confronto entre os diversos setores políticos, notadamente o setor do capital, de um lado, e o setor dos trabalhadores, de outro, que se delimita o círculo de serviços públicos e de atividades econômicas em sentido estrito.⁷⁹

Para ele, os serviços públicos se consagram como atividades prestacionais vocacionadas a fornecer, aos cidadãos, recursos escassos. Por isso, integram o rol das atividades econômicas, em uma relação gênero e espécie: atividade econômica é gênero que comporta duas espécies diferenciadas, atividade econômica, em sentido estrito, e serviço público.⁸⁰ Aquela, explorada pelo particular, num regime de direito privado, na busca de lucro, e este, titularizado pelo Estado, sob regime de direito público.

Marçal Justen Filho retoma tal classificação, atribuindo ao serviço público a natureza de atividade econômica. Ressalta que enquanto os serviços públicos se tipificam por serem atividades dirigidas à satisfação de modo direto e imediato ao princípio da dignidade da pessoa humana, as atividades econômicas em sentido estrito estariam caracterizadas pela possibilidade de exploração econômica lucrativa.⁸¹

Em contrapartida, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que não é aceitável o critério de proveito econômico para diferenciar serviço público e atividade econômica, porque, para ele, todos os serviços, incluindo os públicos, são suscetíveis de exploração econômica.⁸² Segundo ele, então, “não há outro meio de reconhecer o que é atividade econômica e, conseqüentemente, de identificar limites à criação de serviços públicos, senão recorrendo à concepção geral da Sociedade”.⁸³

Com esteio no pensamento do autor paulista, vê-se que o que permite distinguir o serviço público da atividade econômica em sentido estrito é uma decisão política, expressa pelo Poder Constituinte originário, derivado pelo legislador infraconstitucional, que escolhe, em cada momento histórico, o rol daquelas atividades econômicas que são imprescindíveis para a concretização dos direitos fundamentais.⁸⁴

Do exposto, conclui-se que, adotando-se a posição usual, a definição de uma dada atividade como serviço público impõe uma limitação ao princípio da livre iniciativa, já que implica a sua exclusão do âmbito das atividades econômicas em sentido estrito. De

⁷⁷ GABARDO, Emerson. *Interesse público...*, p. 134.

⁷⁸ *Idem*.

⁷⁹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem...*, p. 110. A ideia é extremamente interessante, principalmente porque permite fornecer elementos de reflexão para a compreensão da retração dos serviços públicos, no contexto de advento do neoliberalismo.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 103.

⁸¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral...*, p. 31.

⁸² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Privatização...*, p. 174.

⁸³ *Ibidem*, p. 175.

⁸⁴ Marçal JUSTEN FILHO, assim, afirma que “não é possível produzir um elenco exaustivo e imutável de necessidades diretamente relacionadas com a dignidade da pessoa humana. Existem algumas necessidades que são imperiosas em qualquer momento histórico e em qualquer espaço geográfico. Mas a riqueza da personalidade humana conduz à possibilidade de variações culturais. É impossível produzir uma padronização a propósito das necessidades humanas, a não ser produzindo o sacrifício de uma das características mais essenciais à própria natureza do ser humano: a individualidade. Cada civilização alberga diferentes concepções a propósito da dignidade da pessoa humana.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria...*, p. 32).

acordo com a interpretação sistemática das normas constitucionais, pode-se entender que o constituinte estabeleceu o contorno das atividades econômicas já de forma limitada pelos serviços públicos. Porém, resta saber se o constituinte reformador ou mesmo o legislador ordinário poderá criar novos serviços públicos sem que, com isso, afronte o princípio da livre iniciativa. Eis aí um dilema: ou se admite que a atividade tomada como serviço público não impede sua exploração pela iniciativa privada ou se impede que sejam criados novos serviços públicos.

A doutrina pátria, no entanto, não reconhece esse dilema. Celso Antônio Bandeira de Mello, por exemplo, entende que a enumeração trazida pela Constituição Federal não é exaustiva, sendo que o legislador ordinário estaria autorizado a designar outras atividades como serviço público, “conquanto não sejam ultrapassadas as fronteiras constituídas pelas normas relativas à ordem econômica, as quais são garantidoras da livre iniciativa”.⁸⁵ O autor assevera, desse modo, que o que deve nortear um juízo de constitucionalidade em relação a uma possível afronta ao campo da livre iniciativa em face da criação de novos serviços públicos é o “sentido comum da expressão, isto é, ao prevalente ao lume dos padrões de cultura de uma época, das convicções predominantes na sociedade”.⁸⁶

Maria Sylvia Zanella Di Pietro da mesma maneira não oferece contornos claros à possibilidade de atuação do legislador infraconstitucional na criação de serviços públicos em face do respeito à livre iniciativa. Segundo ela, sendo a lei o vínculo na qual se “escolhe quais atividades que, em determinado momento, são consideradas serviços públicos (...) isto exclui a possibilidade de distinguir, mediante critérios objetivos, o serviço público da atividade privada; esta permanecerá como tal enquanto o Estado não a assumir como própria”.⁸⁷

Buscando oferecer critérios mais objetivos para limitar a atuação do legislador, Carmen Lúcia Antunes Rocha admite que somente poderão ser classificadas como serviço público, atividades que possuam finalidade pública e que não tenham sido entregues à livre iniciativa.⁸⁸ No mesmo sentido, Dinorá Adelaide Musetti Grotti sustenta que o espaço do legislador é reduzido, em face do modelo constitucional,⁸⁹ sendo restrito às indicações do art. 173, “do contrário, dar-se-ia uma transformação artificial de atividades econômicas em serviços públicos, com o intuito de sub-reptício de estatizá-la, resvalando para o campo da inconstitucionalidade”.⁹⁰

Constata-se, com isso, a dificuldade em delimitar o alcance da competência do legislador ordinário para a criação de serviços públicos. Não há subsídios para apreciar, nos casos concretos, eventual afronta ao princípio da livre iniciativa. Ademais, o posicionamento tradicional defende certa prevalência dos serviços públicos, em função de sua relevância social, privilegiando tais serviços em detrimento da livre iniciativa. Não se atenta para a circunstância de que, tanto os direitos sociais consagrados nos

⁸⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 686.

⁸⁶ *Idem*. Embora se tenha respeito pelas conclusões do autor, neste particular, ele utiliza conceitos que não autorizam um juízo seguro a respeito dos limites da atuação do legislador.

⁸⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, p. 99.

⁸⁸ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 20-21.

⁸⁹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço...*, p. 106.

⁹⁰ *Idem*. No mesmo sentido, ainda ARAGÃO, Alexandro Santos de. *Direito...*, p. 313.

serviços públicos, quanto a livre iniciativa foram tratados, pelo constituinte, como direitos fundamentais, o que impede a sua hierarquização.⁹¹

Defende-se, a partir daí, que os serviços públicos elencados na Carta Constitucional, salvo determinação expressa, poderão ser prestados pela iniciativa privada, a título próprio.⁹² Tal conclusão não autoriza a Administração Pública a deixar de prestar o serviço ou a adotar uma concepção de subsidiariedade⁹³ em relação à atividade. O que se pretende é simplesmente admitir que os dispositivos legais que atribuem competências para a prestação de serviços públicos aos entes federativos têm o condão de impor a sua execução pelo poder público, mas não retiram tal atividade da iniciativa privada.

Outro argumento que poderia ser tomado como óbice ao entendimento aqui defendido é a previsão constitucional dos institutos da concessão,⁹⁴ da permissão⁹⁵ e da autorização⁹⁶ de serviço público, que possibilitam a exploração da atividade pelos

⁹¹ Tendo os direitos fundamentais a natureza normativa de princípios, a matéria deve ser abordada como um caso de colisão. Assim, desde a teoria dos princípios, difundida, no Brasil, também pela obra de Robert ALEXY, tem-se a seguinte solução: “uno de los principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una clausula de excepcion. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro.” (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 89).

⁹² Interessante debate sobre o tema ocorreu no âmbito do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 220.906-9, em que era discutida a natureza jurídica dos serviços de correios. Em discussão, o e. Ministro Marco Aurélio indaga ao Ministro Moreira Alves: “não lhe parece que, no caso, não se trata de monopólio? A atuação não está no rol constitucional das atividades em que há monopólio. O que consta da Constituição é que a União é compelida a manter o serviço, coisa diversa. São coisas distintas: a obrigação da União de manter o serviço e o monopólio.” Em sua resposta, contudo, o e. Ministro Moreira Alves, filiado ao pensamento tradicional, afirma: “Trata-se de monopólio. Não se pode interpretar de outra forma. Se ela tem que manter o serviço postal, ninguém pode mantê-lo.” Como se observa, a posição adotada filia-se à compreensão tradicional, sem, contudo, demonstrar os seus argumentos de sustentação.

⁹³ Sobre o tema da subsidiariedade, ver o trabalho de fôlego de GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

⁹⁴ “Concessão de serviço público é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceite prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral, e basicamente, mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários de serviço. (grifos do autor) (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 696).

⁹⁵ “Permissão de serviço público, segundo conceito tradicionalmente acolhido na doutrina, é o ato unilateral e precário, *intuitu 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. Dita outorga se faz por licitação (art. 175 da Constituição Federal) e pode ser gratuita ou onerosa, isto é, exigindo-se do permissionário pagamento(s) como contraprestação” (grifos do autor.) (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 753).

⁹⁶ Maria Sylvia Zanella Di Pietro define o instituto, “em sentido amplo, como ato administrativo unilateral, discricionário e precário, pelo qual a Administração faculta ao particular o uso de bem público (autorização de uso), ou a prestação de serviço público (autorização de serviço público) ou desempenho de atividade material, ou a prática de ato que, sem esse consentimento seriam legalmente proibidos (autorização como ato de política).” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, p. 216. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, “a expressão ‘autorização’, que aparece no art. 21, XI e XII, tem em mira 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, tal como anotamos no n. 4 e nota de rodapé 7. Ai, 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 isto mesmo, a palavra ‘autorização’ está utilizada também no art. 223 da Constituição.” (MELLO, Celso Antônio

particulares. Por esse argumento, o constituinte permitiria a participação dos particulares em atividades que integram o rol dos serviços públicos como delegatários desses serviços e nunca como seus titulares.

Defende-se, aqui, que a referência a tais modalidades de delegação de serviços públicos consiste na admissão de que o poder público faça uso de tais mecanismos sem prestar diretamente o serviço. Não parece que tais dispositivos estejam a impedir que os particulares titularizem tais atividades. Assim, a Constituição ou a lei, em tais casos, está legitimando as hipóteses de delegação dos serviços, admitindo que, nestas circunstâncias, o serviço não precise ser diretamente prestado pelos entes públicos.

Tratamento diferenciado foi dado pela Constituição Federal de 1988 aos serviços de saúde, previdência social e educação. Nesses casos, a autorização para que o particular titularize a atividade em nome próprio é expressa nos artigos 199,⁹⁷ 209⁹⁸ e 202.⁹⁹ Por isso, há quem diga que somente em tais hipóteses é que a iniciativa privada poderia atuar. Porém, parece mais coerente admitir que a ressalva é feita justamente aos serviços públicos sociais, em relação aos quais poderia existir alguma dúvida quanto à possibilidade de que os particulares pudessem exercê-los, dada a sua vinculação imediata com os direitos fundamentais. Por isso, o consentimento expresso do constituinte.

Portanto, a redação de tais dispositivos constitucionais não autoriza a conclusão de que somente nesses casos é que seria permitida a exploração, a título próprio, da atividade pelo particular, até porque, “não teria cabimento que as atividades mais essenciais (saúde, assistência social e educação) comportassem uma exploração mista, enquanto outras, de relevo menos intenso, fossem reservadas privativamente ao Estado” como sustenta Marçal Justen Filho.¹⁰⁰

Em sentido contrário e dissonante, inclusive em relação à doutrina majoritária, Eros Roberto Grau sustenta que os serviços de saúde e de educação são serviços públicos mesmo quando prestados pela iniciativa privada.¹⁰¹

Bandeira de. *Curso...*, p. 685). Pretendendo a releitura do instituto na esfera do direito brasileiro, Juarez Freitas relativiza o caráter de precariedade na autorização, trazendo interessante catálogo normativo para ilustrar a conclusão de que também nesse instituto há limitação à discricionariedade administrativa. Reforça, com isso, a ideia de segurança jurídica. (FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 84-85).

⁹⁷ “Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.”

⁹⁸ “Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada...”

⁹⁹ “Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social...”

¹⁰⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso...*, p. 608.

¹⁰¹ O autor alterou seu entendimento na 9ª edição de seu livro. Afirma, assim, categoricamente, que “não importa quem preste tais serviços, União, Estados-membros, Municípios ou particulares; em qualquer hipótese haverá serviço público.” (GRAU, Eros Roberto. *A ordem...*, 2004, p. 108). Marçal JUSTEN FILHO reconhece que tais atividades poderão ser prestadas por particulares, em nome próprio, ainda que sujeitas a regime jurídico próximo daquele aplicável aos serviços públicos. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso...*, p. 608). No âmbito do Supremo Tribunal Federal, a matéria foi discutida na ADI 1266, assim ementada: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 6.584/94 DO ESTADO DA BAHIA. ADOÇÃO DE MATERIAL ESCOLAR E LIVROS DIDÁTICOS PELOS ESTABELECIMENTOS PARTICULARES DE ENSINO. SERVIÇO PÚBLICO. VÍCIO FORMAL. INEXISTÊNCIA. 1. Os serviços de educação, sejam os prestados pelo Estado, sejam os prestados por particulares, configuram serviço público não privativo, podendo serem prestados pelo setor privado independentemente de concessão, de permissão ou de autorização. 2. Tratando-se de serviço público, incumbe às entidades educacionais particulares, na sua prestação, rigorosamente acatar as normas gerais de educação nacional e as dispostas pelo Estado-membro, no exercício de competência legislativa suplementar (§2º do art. 24 da Constituição do Brasil). 3. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado improcedente.”

Admite-se que os argumentos trazidos pela doutrina tradicional são necessários para que tais atividades sejam impostas como deveres ao Estado e, de consequência, consagrem direitos para os cidadãos.

Porém, parece ser possível aceitar que vem sendo dado um novo tratamento às atividades classicamente tratadas como serviço público. E esse novo tratamento implica uma relativização da noção, principalmente no que se refere ao seu regime jurídico, ou na assunção de novos postulados.

Não só em âmbito nacional, a regulação das atividades de serviço público promovida principalmente a partir da década de 1990 permite a prestação de tais serviços, em algumas modalidades, sob regime jurídico privado, buscando-se extinguir “os monopólios estatais (no âmbito da energia elétrica, dos correios, das telecomunicações...) e introduzir a ideia de competição na prestação de serviços públicos”.¹⁰² No Brasil, esse contexto pode ser identificado no setor das telecomunicações, energia e correios, por exemplo.

Ressalva Maria Sylvia Zanella Di Pietro que não há sentido em admitir a ideia de uma nova crise no serviço público. Para ela, “o que tem ocorrido é uma parcial liberalização de serviços públicos na legislação ordinária, como ocorreu com a Lei Geral de Telecomunicações (...)”.¹⁰³ E, na linha do que se afirma no presente ensaio, a autora ressalta que nos casos dos serviços liberalizados, o legislador não está tratando de serviços públicos, mas sim, de *serviços de interesse coletivo* e de *serviços de interesse restrito*, “estes últimos submetidos aos princípios constitucionais da ordem econômica, abertos à livre iniciativa e à competição”.¹⁰⁴

Portanto, entende-se que o legislador, ao admitir a prestação dos serviços de telecomunicações ou de captação de energia, ou ainda alguns serviços relativos à atividade de correio, sob regime de direito privado, tão somente explicitou a tese antes defendida: que tais atividades não se constituem, quando assim prestadas, em serviço público e, por isso, estarão submetidas ao regime da livre iniciativa. Busca-se, com isso, uma leitura alternativa que permita conjugar o novo tratamento conferido a algumas atividades com a necessária submissão do serviço público ao regime jurídico de direito público.

De certa forma, tal entendimento pode ser depreendido da leitura de Marçal Justen Filho, que admite: “até seria possível que se consagrasse uma solução de conjugação, tanto de serviço público, quanto de atividade econômica, de modo que algumas atividades seriam desempenhadas sob regime de Direito Público e outras sob o regime de Direito Privado”.¹⁰⁵ O autor trata de tal matéria quando aprecia a possibilidade de fragmentação do serviço público e sua dissociação entre atividades monopolizadas e concorrenciais.¹⁰⁶ Propõe a seguinte aplicação prática da ideia:

Suponha-se o caso da energia elétrica. Considerando o atual estágio tecnológico e cultural, é indispensável à dignidade da pessoa humana a ligação de cada residência

(Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1266/BA, Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro Eros Roberto Grau, Julgado em 06/04/2005).

¹⁰² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, p. 98.

¹⁰³ *Idem.*

¹⁰⁴ *Idem.*

¹⁰⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria...*, p. 39.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 41.

à rede de energia elétrica, de modo a assegurar o acesso a utilidades fundamentais. Portanto, a infraestrutura necessária ao atendimento a essa exigência e à prestação dessas utilidades configura serviço público. Mas isso não significa que toda e qualquer atividade relacionada à geração ou à oferta de energia elétrica caracterizará necessariamente serviço público.¹⁰⁷

Como se observa, Marçal Justen Filho já rompeu, no cenário nacional, com o clássico entendimento de que a atribuição constitucional da atividade ao Estado como serviço público exclui desde logo qualquer aspecto de sua exploração da titularidade do particular. Com base no pressuposto de que só são serviços públicos as tarefas vinculadas à concretização de direitos fundamentais, admite que dentro de um campo de uma dada atividade serão definidos os serviços públicos e as atividades econômicas. Pressupõe, assim, que o critério da vinculação aos direitos fundamentais permite dissociar, no âmbito de determinadas atividades, aquelas que se qualificam como serviços públicos e aquelas que se qualificam como atividade econômica. Admitindo-se tal entendimento, o autor restringe o rol de serviços públicos, porque retira do elenco de tais serviços as atividades que forem tratadas como atividade econômica pelo legislador.

Divergindo, com todo o respeito, das ideias do autor, sustenta-se que a atividade do legislador permite a prestação de alguns serviços em caráter privado, como atividade econômica, o que não retira do poder público o dever de garantir a sua prestação, também, na modalidade de serviço público (típico e submetido ao regime de direito público).

Este entendimento é compartilhado com Vitor Rhein Schirato que entende que “não é possível afirmar que em todos os casos a prestação dos serviços públicos pelo Estado ou por seus delegatários impede a atuação de outros agentes econômicos no oferecimento de atividades concorrentes”.¹⁰⁸ Conclui, assim, partilhando o entendimento aqui sustentado, que “o regime constitucional dos serviços públicos contemplado no texto da Constituição de 1988 não prevê qualquer forma de exclusividade ou de titularidade estatal.”¹⁰⁹ A diferença teórica com o pensamento do autor reside, no entanto, no que se refere ao regime jurídico que deverá ser adotado para o serviço público. Para ele, em contrariedade ao que se defende no presente texto, o constituinte não obrigou a adoção do regime jurídico de direito público.

Em sentido diverso, e adotando-se o paradigma do constitucionalismo dirigente, a discussão trazida no presente texto trata de uma hipótese teórica que pretende, a partir de sua aplicação, garantir a manutenção do regime jurídico de direito público a todos os serviços públicos, constituindo-se, tal regime jurídico, como garantia fundamental, instrumento para a concretização dos direitos decorrentes da dignidade de todas as pessoas.

¹⁰⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso...*, p. 606.

¹⁰⁸ SCHIRATO, Vitor Rhein. *Liare iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 27.

¹⁰⁹ SCHIRATO, Vitor Rhein. *Op. cit.*, p. 185.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo e o novo código civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O poder normativo dos entes reguladores e a participação do cidadão nesta atividade. Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios à experiência brasileira. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, n. 16, 2002.
- BIELSA, Rafael. *Derecho administrativo*. 6. ed. Buenos Aires: La Ley, 1964.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. 6. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998. t. 2.
- CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1964.
- CHEVALLIER, Jacques. A reforma do estado e a concepção francesa do serviço público. *Revista do Serviço Público*, v. 120, n. 3, Brasília, p. 35-58, set./dez. 1993.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito administrativo do Brasil*. São Paulo: RT, 1958. v. 2.
- DALLARI, Adilson Abreu. Direito ao uso dos serviços públicos. *Revista trimestral de direito público*, n. 13, São Paulo, p. 210-215, 1999.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- DUGUIT, Léon. *Fundamentos do direito*. Tradução: Servanda. Campinas: Servanda, 2008.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 12. ed., São Paulo: Malheiros, 2007.
- ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o Direito Privado: contributo para o estudo da actividade de Direito Privado da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1996.
- FINGER, Ana Cláudia. Serviço Público: Um Instrumento de Concretização de Direitos Fundamentais. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 3, n. 12, p. 141-165, abr./jun. 2003.
- FREITAS, Juarez. *Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- FREITAS, Juarez. O estado essencial e o regime de concessões e permissões de serviços públicos. In: *Estudos de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- GASPARINI, Diógenes. Diógenes. *Direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. t. II.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 12ª. ed., São Paulo: Malheiros, 2007.
- GROTTI, Dinorá Musseti. *O serviço público e a constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- HACHEM, Daniel Wunder. Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão: repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 14, n. 55, p. 123-158, jan./mar. 2014, p. 129.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- LAUBADÈRE, André de. *Manual de derecho administrativo*. Bogotá: Temis Libreria, 1984.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 11. ed. São Paulo: RT, 2007.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro, 2009.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito administrativo*. Da rigidez autoritária à flexibilidade democrática. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- PEREIRA, César A. Guimarães. *Usuários de serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- QUEIROZ, Cristina. Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites de justiciabilidade. In: *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- SALOMONI, Jorge Luís. *Teoría general de los servicios públicos*. Buenos Aires: Ad-hoc, 1999.
- SARLET, Ingo Wolfgang. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Regime jurídico do serviço público: garantia fundamental do direito do cidadão e proibição de retrocesso social*. Curitiba, 2009, 224 f. Tese. (Doutorado em direito) – Programa de Pós-graduação em Direito. Universidade Federal do Paraná.
- SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- SILVEIRA, Raquel Dias da. O equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de serviço de saneamento básico e o direito público subjetivo do usuário à modicidade da contraprestação. In: FORTINI, Cristiana; PICININ, Juliana (Orgs.). *Saneamento básico: estudos e pareceres à luz da Lei nº 11.445/2007*. Belo horizonte: Fórum, 2009.
- SILVEIRA, Raquel Dias da. O repensar da noção de serviço público sob o paradigma da realidade brasileira. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício (Coord.) *Direito público moderno*. Homenagem especial ao Professor Paulo Neves de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- STERN, Klaus. *Derecho del estado de la Republica Federal Alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Serviços públicos e regulação estatal. In: _____. (Coord.) *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da intervenção do estado no domínio social*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 182-185.

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

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Serviço Público: ensaio sobre a exclusividade do Estado na sua prestação. In: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). Problemas emergentes da Administração Pública. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. *Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 25-46.

A DUPLA NOÇÃO JURÍDICA DE INTERESSE PÚBLICO EM DIREITO ADMINISTRATIVO

DANIEL WUNDER HACHEM

1 Introdução: a relevância jurídica do conceito de interesse público

A expressão *interesse público*, muito embora seja vastamente utilizada pela Administração Pública, pela jurisprudência e pela doutrina juspublicista, nem sempre é empregada com o mesmo sentido. O significado dessa categoria, notadamente quando aplicada no campo do Direito, não é unívoco. Cuida-se, como é claramente perceptível, de uma expressão fluida, vaga, imprecisa.¹¹⁰ Por esse motivo, torna-se fundamental especificar as distintas acepções que, sob o ponto de vista jurídico, essa categoria pode comportar quando a ela se faz alusão em matéria de Direito Administrativo. Antes de dar início ao deslinde dessa questão, algumas considerações merecem ser desfiadas.

O conceito em epígrafe encontra-se umbilicalmente ligado ao Direito Administrativo,¹¹¹ a ponto de autores como François Saint-Bonnet afirmarem que “seria possível escrever uma história do interesse público [*intérêt général*] que seria o fio condutor de uma história do direito administrativo”.¹¹² Retrata, pois, uma categoria que sintetiza o conjunto total das instituições desse ramo jurídico, sendo considerada como um conceito nodal do Direito Público, em geral, e do Direito Administrativo, em particular.¹¹³

Uma ilustração dessa assertiva é o vasto número de expressões metafóricas manejadas para explicar a relação entre a noção de interesse público e essa disciplina jurídica, tais como “noção-mãe”, “espinha dorsal”, “alma”, “pedra angular da ação pública”, “coração do Direito Público, como a autonomia da vontade para o Direito

¹¹⁰ SIMON, Denys. *L'intérêt général vu par les droits européens*. In: Bertrand Mathieu; Michel Verpeaux (Dirs.). *Intérêt général, norme constitutionnelle*. Paris: Dalloz, 2007. p. 48.

¹¹¹ LINOTTE, Didier. *Recherches sur la notion d'intérêt général en Droit Administratif Français*. Bordeaux: [s.n.], 1975. p. 9.

¹¹² SAINT-BONNET, François. *L'intérêt général dans l'ancien droit constitutionnelle*. In: Bertrand Mathieu; Michel Verpeaux (Dirs.). *Intérêt général, norme constitutionnelle*. Paris: Dalloz, 2007. p. 10.

¹¹³ BASSI, Franco. *Brevi note sulla nozione di interesse pubblico*. In: Università di Venezia. *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*. v. I. Modena: Mucchi, 1996. p. 243.

Privado”, “alfa e ômega do Direito Administrativo”, consoante arrola Guylain Clamour.¹¹⁴ No entanto, como menciona o autor, nada obstante a expansão desse conceito às terras do Direito Constitucional, do Direito Comunitário e do Direito Privado, ele tem sido atacado em razão de sua abstração e questionado quanto à sua adequação à realidade contemporânea.¹¹⁵ Não há dúvidas de que *interesse público* é um conceito rebelde a definições. Mas isso não quer dizer que ele não tenha operatividade jurídica.¹¹⁶

Para resolver as dificuldades proporcionadas por sua abstração, tal como o seu eventual emprego de maneira arbitrária pela Administração, a saída não está em negar-lhe normatividade. Refutar a natureza jurídica do conceito de interesse público implica, isso sim, fragilizar o cidadão perante o Poder Público. Não se pode fechar os olhos à existência dessa categoria jurídica, eis que, como se verificará, ela se encontra prevista em diversos dispositivos constitucionais e legais, não só no ordenamento jurídico brasileiro, mas em tantos outros.¹¹⁷ Isso significa que, invariavelmente, ela será utilizada pelo Estado. Se o interesse público é reputado como algo alheio ao Direito, não se admite o controle judicial da atividade administrativa que o tiver como fundamento, retornando-se ao modelo já ultrapassado da intangibilidade absoluta do mérito do ato administrativo.¹¹⁸ Se, pelo contrário, reconhece-se que ele traduz um conceito jurídico, estar-se-á com isso autorizando que o Poder Judiciário possa rever as decisões fundadas no interesse público, já que, em tais casos, estará analisando a conformidade do ato com uma determinada categoria jurídica.¹¹⁹

Certo é que não se deve ignorar a função ideológica de legitimação do poder exercida pela locução *interesse público*.¹²⁰ Segundo Jacques Chevallier, a ideologia situada por trás dessa noção constitui a matriz do discurso de legitimação das formas sociais instituídas na modernidade.¹²¹ Muito embora se deva reconhecer esse papel legitimador que cumpre o interesse público, o conceito continua inserido nas diversas Constituições contemporâneas,¹²² sendo “ingênuo pretender prescindir” dele. É o que

¹¹⁴ CLAMOUR, Guylain. *Intérêt général et concurrence: essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*. Paris: Dalloz, 2006. p. 16.

¹¹⁵ CLAMOUR, Guylain. *Idem*, p. 18-19.

¹¹⁶ MUÑOZ, Guillermo Andrés. El interés público es como el amor. In: Romeu Felipe Bacellar Filho; Daniel Wunder Hachem (Coords.). *Direito Administrativo e Interesse Público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 23 e 30.

¹¹⁷ São as hipóteses em que o sistema normativo utiliza o interesse público como um “conceito legal”, previsto expressamente na letra da lei. O dispositivo que autoriza a rescisão unilateral de um contrato administrativo por “razões de interesse público” (art. 78, XII, da Lei Federal nº 8.666/93) é um exemplo disso.

¹¹⁸ Uma análise sobre a transformação da concepção de “mérito do ato administrativo” no Estado contemporâneo pode ser vista em: BEDENDI, Luis Felipe Ferrari. Ainda existe o conceito de mérito do ato administrativo como limite ao controle jurisdicional dos atos praticados pela Administração? In: Maria Sylvania Zanella Di Pietro; Carlos Vinicius Alves Ribeiro (Coords.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 278-302.

¹¹⁹ NIETO, Alejandro. La Administración sirve con objetividad los intereses generales. In: Sebastián Martín-Retortillo Baquer (Coord.). *Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. v. 3. Madrid: Civitas, 1991. p. 2251.

¹²⁰ RANGEON, François. *L'idéologie de l'intérêt général*. Paris: Économica, 1986. p. 21 et seq; D'ARGENIO, Inés. La ideología estatal del interés general en el Derecho Administrativo. *Derecho Administrativo: Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*, nº 59, Buenos Aires: LexisNexis, p. 67-111, ene./mar. 2007. p. 67-68.

¹²¹ CHEVALLIER, Jacques. Reflexions sur l'idéologie de l'intérêt général. In: Centre Universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie. *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*. v. 1. Paris: PUF, 1978. p. 41.

¹²² Cite-se, ilustrativamente, as Constituições de Portugal de 1976 (“Art. 266º. (...) 1. A Administração pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos”) e

aduz Alejandro Nieto, para quem “ninguém pode certamente desconhecer sua natureza e funções inequivocamente ideológicas; mas tampouco é lícito desconhecer sua presença normativa e operatividade jurídica”.¹²³

Essa ideologia, contemporaneamente, juridicizou-se, de modo que a referência ao interesse público por parte da Administração não se trata mais de uma invocação genérica, mas sim, da aplicação de uma norma jurídica que define esse interesse geral, atribuindo competências, precisando o seu alcance e limitando-as. Com isso, permite-se o seu controle *a posteriori* por parte dos tribunais.¹²⁴ Ter consciência da função ideológica desempenhada pela noção de interesse público pode ser um instrumento a favor do jurista: basta instrumentalizá-la em benefício da própria ideologia democrática. Para Alejandro Nieto, “se os operadores jurídicos se empenham nisso, podem dar a esse conceito um conteúdo e uma funcionalidade inequivocamente democráticos como limitação do poder e inclusive apesar dele”.¹²⁵

Tecidas essas advertências, faz-se mister entender quais sentidos são atribuídos ao termo *interesse público* quando a ele se recorre em matéria de Direito Administrativo. Se ele consiste em um conceito jurídico, é preciso destrinchar a sua essência, como condição necessária para operá-lo. O interesse público constitui ao mesmo tempo fundamento e limite do poder estatal: se de um lado ele permite que as autoridades públicas ampliem o seu poder, outorgando-lhe competências mais alargadas (para a consecução do interesse da coletividade), de outro ele consubstancia um limite a esse poder, uma vez que lhes impede de agir para além da medida exigida pelo interesse público.¹²⁶

Em virtude dessa dupla função exercida pelo conceito em discussão no regime jurídico-administrativo (legitimação de prerrogativas e imposição de sujeições), é possível reconhecer duas concepções jurídicas de interesse público: um *sentido amplo* e um *sentido estrito*. O conhecimento detalhado de cada uma delas mostra-se crucial para o seu manejo.

2 As distintas noções jurídicas de interesse público em Direito Administrativo

O conceito mais propagado de interesse público na doutrina administrativista brasileira é aquele fornecido por Celso Antônio Bandeira de Mello (com lastro no escólio de Renato Alessi). O critério que embasa tal formulação tem natureza estrutural, isto é, o interesse público é explicado a partir da sua estrutura, não do seu conteúdo.

Segundo Bandeira de Mello, o interesse público não é algo autônomo, distinto e apartado dos interesses dos indivíduos. Ele é uma função qualificada desses interesses, vale dizer, uma das possíveis formas de sua manifestação. Explica o autor que os interesses dos cidadãos expressam-se mediante duas dimensões: (i) uma *particular*, que corresponde às conveniências exclusivamente pessoais do indivíduo, singularmente

da Espanha de 1978 (“Art. 103.1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”).

¹²³ NIETO, Alejandro. La Administración sirve... *Op. Cit.*, p. 2211.

¹²⁴ NIETO, Alejandro. *Idem, Ibidem*.

¹²⁵ NIETO, Alejandro. *Idem*, p. 2213.

¹²⁶ MERLAND, Guillaume. *L’interêt général dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*. Paris: LGDJ, 2004. p. 8.

considerado (*v.g.*, interesse de não ter o seu imóvel expropriado); (ii) uma *pública*, representada pelo interesse do indivíduo considerado como membro da coletividade maior na qual está inserido (*v.g.*, interesse do mesmo indivíduo de que exista o instituto da desapropriação, e de que ele seja utilizado quando necessário).¹²⁷ A primeira delas traduz o interesse privado; a segunda, o interesse público. Portanto, o interesse público não é algo autônomo, que existe por si mesmo: ele é dependente dos interesses dos indivíduos, pelo fato de ser formado justamente por uma de suas dimensões (a *pública*). Ele “surge como algo em que cada componente da sociedade [...] reconhece e identifica seu próprio querer e sua própria valoração positiva”.¹²⁸

Partindo dessa relação íntima que o interesse público guarda com os interesses dos indivíduos, o jurista formula o seu conceito nos termos seguintes: “o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto de interesses que os indivíduos *pessoalmente* têm quando considerados *em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem* ”.¹²⁹ A elaboração do autor é acertada, e sua relevância está no realce que confere a dois importantes aspectos: (i) o interesse público não é algo antagônico aos interesses dos indivíduos, e isso não porque ele seja idêntico a eles, mas por ser formado por um de seus aspectos (dimensão *pública*, acima explicada); (ii) o interesse público não se confunde com o interesse do aparato estatal, do Estado enquanto pessoa jurídica, pois este possui, igualmente, uma dimensão *pública* e uma dimensão *particular*.

Este último aspecto é aclarado com a referência à distinção divulgada pela doutrina italiana entre *interesse coletivo primário* e *interesses secundários*. A explicação pode ser encontrada na obra de Renato Alessi que, baseado na doutrina de Carnelutti e Picardi, estabelece essa diferenciação. Ao versar sobre o exercício da função administrativa sob a óptica da posição jurídica da Administração Pública, o autor ressalta duas peculiaridades. A primeira delas reside no fato de que à Administração compete, normalmente, o poder de fazer prevalecer coativamente a sua vontade sobre a do sujeito privado. Para tanto, e por incumbir-lhe a tutela do interesse público, poderá a Administração fazer preponderar o interesse público sobre o interesse individual que lhe for contrário, mas só – e somente só – “quando se trate de interesse cuja prevalência já esteja em abstrato previamente disposta em um ato legislativo primário, cuja aplicação concreta pressuponha um futuro ato administrativo concreto”.¹³⁰ Assim, a supremacia do interesse da coletividade sobre o individual só terá lugar quando encontrar seu fundamento no Direito objetivo, mediante uma atribuição explícita ou implícita, específica ou genérica, por parte da norma jurídica legislativa.¹³¹

Há, pois, um limite claro identificado pelo administrativista supracitado: a necessidade de o interesse público que se fará prevalecer estar previamente definido pelo Direito positivo. Diante da possibilidade de o Poder Público esquivar-se desse limite, utilizando-se da prerrogativa conferida pela lei para finalidade diversa daquilo que seria a satisfação do interesse público, exsurge a segunda peculiaridade do exercício

¹²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. *Op. Cit.*, p. 60-61.

¹²⁸ ESCOLA, Héctor Jorge. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989. p. 239.

¹²⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. *Op. Cit.*, p. 61.

¹³⁰ ALESSI, Renato. *Principi di Diritto Amministrativo*. t. I: I soggetti attivi e l'esplicazione della funzione amministrativa. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1978. p. 229.

¹³¹ ALESSI, Renato. *Idem*, p. 230.

da função administrativa: a distinção entre interesse coletivo primário (*interesse collettivo primario*) e interesses secundários (*interessi secondari*).¹³² O *interesse coletivo primário* é formado pelo complexo de interesses individuais prevalentes em uma determinada organização jurídica da coletividade, expressão unitária de uma multiplicidade de interesses coincidentes. Somente este interesse poderá ser considerado como interesse público.¹³³ Ele se difere tanto do interesse de um particular individualmente considerado, quanto do interesse do aparato administrativo, que, por sua vez, são ambos os *interesses secundários*. Tanto o interesse singular de um indivíduo, quanto o interesse da Administração Pública enquanto pessoa jurídica podem conflitar ou coincidir com o *interesse coletivo primário* (que é o verdadeiro *interesse público*). Tais *interesses secundários* só poderão ser perseguidos pelo Estado quando houver coincidência entre eles e o *interesse público*.

Convém salientar que nem Alessi, nem Celso Antônio ao reproduzir suas lições, aludem a “interesse público primário” ou a “interesse público secundário”. O único interesse considerado como público é o “coletivo primário”. A ressalva tem relevância pelo fato de tais locuções (*interesse público primário* e *interesse público secundário*) serem empregadas na doutrina lusitana com outro sentido. Rogério Ehrhardt Soares, no que é seguido por Diogo Freitas do Amaral,¹³⁴ qualifica como *interesse público primário* o interesse cuja definição e realização incumbe aos órgãos estatais que exercem as funções política e legislativa, classificando, por sua vez, como *interesse público secundário* aquele interesse delineado pelo legislador, mas cuja satisfação concreta compete à Administração Pública no exercício da função administrativa.¹³⁵ Note-se que ambas as espécies versam, efetivamente, sobre interesses públicos, havendo distinção tão somente em relação à autoridade competente para a sua realização *in concreto*.

Por isso, insta apontar o equívoco terminológico daqueles que empregam a expressão “interesse público secundário” para se referir àquilo que a doutrina italiana¹³⁶ chama de “interesses secundários”.¹³⁷ Estes últimos consistem em todo e qualquer interesse – dos particulares ou da Administração Pública – que diga respeito a aspirações e a necessidades eminentemente pessoais – seja de pessoas físicas ou jurídicas. Havendo coincidência entre um interesse secundário da máquina estatal com o interesse da

¹³² ALESSI, Renato. *Idem*, p. 232-233.

¹³³ Segundo Franco Bassi, o interesse primário “constituirá o parâmetro fundamental ao qual a Administração Pública estará obrigada a ancorar as suas escolhas operativas”. BASSI, Franco. Brevi note sulla nozione di interesse pubblico. In: Università di Venezia. *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*. v. I. Modena: Mucchi, 1996. p. 247.

¹³⁴ AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. v. II. Coimbra: Almedina, 2001. p. 36.

¹³⁵ SOARES, Rogério Ehrhardt. *Interesse público, legalidade e mérito*. Coimbra: [s.n.], 1955. p. 99 *et seq.*

¹³⁶ Além de Alessi, Carnelutti e Picardi, a distinção é feita na doutrina italiana por Sabino Cassese e Franco Bassi. Cf.: CASSESE, Sabino. *Las bases del Derecho Administrativo*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1994. p. 344; BASSI, Franco. Brevi note sulla nozione di interesse pubblico... *Op. Cit.*, p. 243.

¹³⁷ Inorrem nesse equívoco, entre outros: BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: Daniel Sarmento (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. xiii; SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional*. In: _____ (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 24; BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? *Interesse Público*, n. 37, Porto Alegre: Notadez, p. 29-48, maio/jun., 2006. p. 34; FROTA, Hidemberg Alves da. O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado no direito positivo comparado: expressão do interesse geral da sociedade e da soberania popular. *Revista de Direito Administrativo*, n. 239, Rio de Janeiro: Renovar, p. 45-65, jan./mar. 2005. p. 46 *et seq.*

coletividade (ou de um indivíduo enquanto membro da sociedade), aí sim, ele será *interesse público*, porque convergente com o *interesse primário*. Assiste razão a Marçal Justen Filho, quando expõe que “nenhum *interesse público* se configura como *conveniência egoística da Administração Pública*. O chamado *interesse secundário* (ALESSI) ou *interesse da Administração Pública* não é público”.¹³⁸ No mesmo sentido, alertam Héctor Jorge Escola e Agustín Gordillo.¹³⁹

O erro, portanto, está em chamar de “*interesse público secundário*” uma categoria de interesses que pode ser reconduzida, tanto à Administração Pública, quanto a um particular. Por exemplo, o interesse pessoal de um comerciante em explorar atividade econômica de venda de explosivos sem adotar todas as medidas de segurança legalmente exigidas para reduzir os custos é um *interesse secundário*, mas pertence a um particular. Ele terá a mesma natureza que o interesse de um Estado da Federação de elevar ao máximo a carga tributária para arrecadar recursos, acima das capacidades dos contribuintes: será *secundário*, mas titularizado pelo Poder Público. Aí está a importância de não se utilizar o termo “público” ao se falar em “interesses secundários”: demonstrar que tais interesses do aparato administrativo são tão secundários quanto qualquer outro interesse eminentemente pessoal de um sujeito privado.

De todo modo, para a concepção delineada por Celso Antônio Bandeira de Mello, com apoio em Renato Alessi, o interesse público não é algo abstrato, etéreo, inatingível. O seu conteúdo jurídico não pode ser encontrado em outro lugar senão no próprio Direito positivo.¹⁴⁰ De tal sorte, a significação do que vem a ser o interesse público será determinada de forma objetiva pelo ordenamento jurídico,¹⁴¹ particularmente na ordem de valores, fins, objetivos e bens protegidos pela Constituição.¹⁴² A qualificação de determinado interesse como público é promovida inicialmente pela Constituição e, com base nela, pelo legislador e pela Administração Pública (por esta última apenas nas hipóteses e nos limites da discricionariedade que lhe for assinalada pela lei).¹⁴³

De acordo com essa compreensão, é possível identificar uma *estrutura* do conceito de interesse público, uma noção categórica geral do que se deve entender como tal, aplicável a qualquer sistema jurídico-político, despida de todo elemento contingente e variável, mas carente de um conteúdo objetivo. Num segundo momento, essa *estrutura* deve ser mergulhada na ordem jurídica sob exame, dotando-a de um *conteúdo* concreto a partir do sistema valorativo plasmado no ordenamento normativo analisado.¹⁴⁴

Essa concepção, embora seja correta e adequada sob os pontos de vista lógico e sociológico, não explica as distintas formas com que o conceito de interesse público é

¹³⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “personalização” do Direito Administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 26, São Paulo: Malheiros, p. 115-136, 1999, p. 118.

¹³⁹ ESCOLA, Héctor Jorge. *Op. Cit.*, p. 241; GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. t. 1: Parte General. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003. p. VI-31.

¹⁴⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. *Op. Cit.*, p. 68.

¹⁴¹ Por esse motivo, “é descabido que qualquer um, em nome de um pretense interesse público, pratique atos que não encontrem fundamento nas normas jurídicas”. RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Princípios da Administração Pública: a supremacia do interesse público sobre o interesse particular. *Gênesis: Revista de Direito Administrativo Aplicado*, n. 10, Curitiba: Gênesis, p. 676-687, jul./set. 1996. p. 677.

¹⁴² ALFONSO, Luciano Parejo. *Derecho Administrativo*. Instituciones generales: bases, fuentes, organización y sujetos, actividad y control. Barcelona: Ariel, 2003. p. 770.

¹⁴³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de interesse público. In: _____. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 190.

¹⁴⁴ ESCOLA, Héctor Jorge. *Op. Cit.*, p. 236.

utilizado no Direito Administrativo. Sob o prisma jurídico, ela não esclarece a diferença, *v.g.*, entre a anulação de um ato administrativo que tenha sido praticado para atender a uma finalidade diversa do *interesse público* previsto pelo ordenamento jurídico, e a legitimidade jurídica do ato de revogação de uma licitação em virtude da existência, no caso concreto, de motivos de *interesse público* aptos a justificar a prática do ato. São dois modos diversos de manifestação jurídica dessa categoria.

Verifica-se, pois, que o interesse público é usado de acordo com duas noções diferentes pelo Direito Administrativo. Uma delas diz respeito a um *interesse público em sentido amplo*, genérico, considerado como todo o interesse protegido pelo ordenamento jurídico. Se o ato administrativo contrariar a finalidade da norma definida pelo sistema normativo, estará ofendendo o interesse público. A outra se liga às situações em que se exige um *interesse público em sentido estrito*, especial, que se estiver presente autoriza a Administração Pública a agir. Para revestir-se de validade, o ato administrativo só poderá ser praticado se existente esse interesse público qualificado. Assim, pode-se dizer que num sentido negativo, o interesse público impõe um limite legal à atuação administrativa: o desrespeito ao interesse público invalida o ato através da técnica do desvio de poder. Num sentido positivo, ele é uma condição para o exercício de determinada prerrogativa: apenas quando presente um interesse público qualificado, poderá agir a Administração.¹⁴⁵

Em ambas as noções, o interesse público desempenha uma de suas funções mais importantes para o Direito Administrativo: limitar juridicamente o exercício de competências administrativas. Ele se impõe como uma condição de validade dos atos administrativos, ora negativa (vedando condutas contrárias ao interesse público, genericamente tutelado pelo sistema normativo), ora positiva (autorizando condutas apenas quando estiver presente um interesse público especial, exigido expressa ou implicitamente pelo ordenamento jurídico). Como pressuposto de validade na vertente negativa, o exemplo clássico é o do desvio de poder. Esse ocorrerá sempre que a autoridade administrativa expedir um ato de sua competência tendo um objetivo diverso daquele previsto na lei que lhe conferiu a competência para agir. O ato será anulado em tal hipótese, uma vez que perseguiu um interesse pessoal do agente ou de um terceiro, e não o interesse público.¹⁴⁶ Em outras oportunidades, o interesse público figurará como condição positiva de validade de um ato administrativo, constituindo o fundamento da ação administrativa. A desapropriação é um ótimo exemplo: a prerrogativa de expropriar só poderá ser utilizada quando um interesse público especial (utilidade pública, interesse social) estiver presente, autorizando o seu exercício.¹⁴⁷

Essas duas noções distintas de interesse público são rotuladas por Carlos Ari Sundfeld de *interesse público em sentido mínimo* e *interesse público em sentido forte*. Toda vez que o ordenamento jurídico outorga ao Estado o dever de cuidar de um determinado valor, ele o está qualificando como interesse público, legitimando a atuação estatal. Esse é o *interesse público em sentido mínimo*. Há, no entanto, outro sentido possível para o *interesse público*: nas hipóteses em que o Direito positivo consagrar a prevalência de

¹⁴⁵ TRUCHET, Didier. *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*. Paris: LGDJ, 1977. p. 87 et seq; NIETO, Alejandro. La Administración sirve... *Op. Cit.*, p. 2219.

¹⁴⁶ CHEVALLIER, Jacques. Le concept d'intérêt en science administrative. In: Philippe Gérard; François Ost; Michel van de Kerchove (Dirs.). *Droit et intérêt*. v. 1. Bruxelles: Facultés Universitaires Sanit-Louis, 1990. p. 149.

¹⁴⁷ CHEVALLIER, Jacques. *Idem*, p. 150.

um interesse específico sobre outros valores que com ele se choquem, legitimando a atuação estatal, trata-se do *interesse público em sentido forte*, que estabelece uma relação de prevalência de um valor sobre outro.¹⁴⁸

O que se propõe neste trabalho é uma classificação semelhante, pautada exatamente nessa dupla noção jurídica de interesse público, mas com expressões que parecem ser mais adequadas para expressar as peculiaridades desse fenômeno: *interesse público em sentido amplo* e *interesse público em sentido estrito*. Em breves linhas, que serão desenvolvidas nos tópicos subsequentes, a proposta consiste em uma compreensão bipartida do conceito de interesse público, nos seguintes termos:

(a) *interesse público em sentido amplo*: trata-se do interesse público genericamente considerado, que compreende todos os interesses juridicamente protegidos, englobando, tanto o interesse da coletividade em si mesma considerada (*interesse geral*), quanto interesses individuais e coletivos (*interesses específicos*), quando albergados pelo Direito positivo. Consiste num *pressuposto negativo de validade* da atuação administrativa, pois proíbe a prática de qualquer ato que contrariar tais interesses, bem como a expedição de um ato com o fito de atender a uma finalidade diversa daquela que o ordenamento jurídico prevê;

(b) *interesse público em sentido estrito*: cuida-se do interesse da coletividade em si mesma considerada (*interesse geral*), a ser identificado no caso concreto pela Administração Pública, em razão de uma competência que lhe tenha sido outorgada expressa ou implicitamente pelo ordenamento jurídico. Pode se manifestar na forma de um conceito legal ou de uma competência discricionária. Consiste num *pressuposto positivo de validade* da atuação administrativa, eis que o ordenamento jurídico só autorizará a prática do ato quando presente esse interesse público em sentido estrito, hipótese em que estará autorizada a sua prevalência sobre interesses individuais e coletivos (*interesses específicos*) também protegidos pelo sistema normativo.

Cumpr, então, esclarecer com maior detença o significado e os desdobramentos de cada uma dessas noções.

3 Interesse público em sentido amplo

O primeiro sentido que se pode atribuir ao termo *interesse público* tem uma conotação ampla: será público todo o interesse protegido pelo ordenamento jurídico, cuja satisfação deva ser assegurada pelo Estado, direta ou indiretamente, e que constitui uma barreira negativa para a sua atuação, impedindo-o de agir de maneira a contrariá-lo. Essa vedação de atuação contrária não se dirige somente ao Poder Público, mas também aos particulares. Por isso é que o interesse público é considerado, nessa óptica, como a finalidade do Estado:¹⁴⁹ deverá ser por ele garantido *diretamente*, através do cumprimento das normas jurídicas a ele endereçadas, e *indiretamente*, constringendo

¹⁴⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. Interesse público em sentido mínimo e em sentido forte: o problema da vigilância epidemiológica frente aos direitos constitucionais. *Interesse Público*, n. 28, Porto Alegre: Notadez, p. 29-42, nov./dez. 2004. p. 31.

¹⁴⁹ MUÑOZ, José Manuel Rodríguez. De la noción de interés general como faro y guía de la Administración, y como proemio a la Sección “cuestiones de la acción pública en Extremadura” de esta revista. *Revista de Derecho de Extremadura*, n. 6, Cáceres: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales de Extremadura, p. 557-565, set./dic. 2009, p. 558.

os sujeitos privados a cumprirem as determinações de todos os dispositivos do sistema normativo.

Sob esse ponto de vista, um determinado interesse passa a ser reconhecido como público a partir do momento em que o legislador (constituente ou ordinário) reconhece a conveniência ou a necessidade de recepcioná-lo como tal, outorga-lhe proteção jurídica, e determina se ele será realizado pelos particulares ou pela Administração.¹⁵⁰ Por exemplo: a proibição da poligamia retrata interesse público cujo cumprimento incumbe aos particulares;¹⁵¹ o dever de instaurar processo de licitação para contratação de obras, serviços, compras e alienações pelo Poder Público traduz interesse público a ser obedecido pela Administração.¹⁵²

Nessa perspectiva ampla, o interesse público se revela como uma ideia aplicável a todos os ramos jurídicos, não sendo peculiar ao Direito Administrativo. Será de interesse público o respeito à boa-fé objetiva nos contratos firmados entre particulares, porque assim exige o art. 422 do Código Civil.¹⁵³ Diga-se o mesmo em relação à concessão de férias anuais remuneradas ao trabalhador da iniciativa privada: o desrespeito a esse direito, assegurado pelo art. 7º, XVII da Constituição Federal,¹⁵⁴ importa violação ao interesse público, eis que esse interesse do trabalhador foi assim caracterizado quando recebeu a tutela do Direito positivo. Deverá, portanto, ser obedecido também pelos particulares, cumprindo-lhes recorrer ao Estado sempre que forem prejudicados em decorrência de sua inobservância por parte de outros sujeitos privados.

No que diz respeito à aplicação de tal aceção no Direito Administrativo, algumas peculiaridades, a seguir alinhavadas, merecem ser observadas.

3.1 Interesse público e juridicidade administrativa

No âmbito do Direito Administrativo, essa concepção ampla fornece um instrumento capaz de controlar a atividade da Administração Pública, vinculando-a sempre ao interesse público inscrito no ordenamento jurídico. Aproxima-se, assim, da ideia de juridicidade administrativa,¹⁵⁵ como subordinação das atividades estatais

¹⁵⁰ MORENA, Luis de la Morena y de la. Derecho Administrativo e interés público: correlaciones básicas. *Revista de Administración Pública*, n. 100-102, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 847-880, ene./dic. 1983, p. 852-853.

¹⁵¹ Código Civil Brasileiro (Lei Federal nº 10.406/2002): “Art. 1.521. Não podem casar: (...) VI - as pessoas casadas”.

¹⁵² Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Art. 37. (...) XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

¹⁵³ Código Civil Brasileiro (Lei Federal nº 10.406/2002): “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e de boa-fé”.

¹⁵⁴ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal”.

¹⁵⁵ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da juridicidade da Administração Pública. In: _____. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 69-143; KLOSS, Eduardo Soto. *Derecho Administrativo. Bases fundamentales*. t. II: El principio de juridicidad. Santiago: Jurídica de Chile, 1996. *passim*; GALEANO, Juan José. El principio de juridicidad. Noción, fundamento y caracteres. Su recepción en la jurisprudencia administrativa y judicial. In: Julio Pablo Comadira; Miriam M. Ivanega (Coords.). *Derecho Administrativo: Libro en homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009. p. 23-49.

não apenas à lei em sentido formal, mas ao Direito como um todo. A preocupação em obrigar o Poder Público a praticar seus atos em conformidade com um interesse público em sentido amplo, genérico, encarado como o respeito ao sistema normativo, pode ser ilustrada pela inclusão expressa desse dever nas Constituições portuguesa de 1976 e espanhola de 1978.

O art. 266º, nº 1, da atual Constituição lusitana estabelece que “a Administração pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos”. Do dispositivo, deduz-se o chamado *princípio de prossecução do interesse público*. Consoante Diogo Freitas do Amaral, ele constitui “o princípio motor da Administração pública. A Administração atua, move-se, funciona para prosseguir o interesse público. O interesse público é o seu único fim”.¹⁵⁶ Da parte final do dispositivo se extrai literalmente que essa perseguição do interesse público compreende o respeito aos “direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos”, ou seja, os interesses tutelados pelo Direito positivo, na forma de direitos subjetivos ou não, consubstanciam o interesse público a ser buscado pelo Estado.¹⁵⁷ Há uma semelhança entre o interesse público, genericamente considerado, e a juridicidade administrativa.

Na mesma linha, a Constituição espanhola de 1978 dispõe em seu art. 103.1. que “a Administração Pública serve com objetividade aos interesses gerais e atua de acordo com os princípios de eficácia, hierarquia, descentralização, desconcentração e coordenação, com submissão plena à Lei e ao Direito”.¹⁵⁸ Em que pese o emprego da expressão “*interesses generales*”, parece ser consensual na doutrina que o termo é utilizado com o mesmo sentido de *interesse público*, sendo equivalentes tais locuções.¹⁵⁹ Até porque, nos debates constituintes, a proposta originária de redação apresentada pelo então deputado José Luís Meilán Gil (“*La Administración sirve con objetividad los intereses colectivos*”¹⁶⁰) foi objeto de discussão e modificação na Comissão de Constituição do Senado. A emenda foi justificada no sentido de que o rótulo “*interesses generales*” abrangeria não somente os interesses coletivos, mas também “interesses perfeitamente individualizados, como

¹⁵⁶ AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. v. II. Coimbra: Almedina, 2001. p. 33.

¹⁵⁷ Maria João Estorninho assevera categoricamente que “é fundamental afirmar, sem deixar margem para dúvidas, que o interesse público é indissociável de toda e qualquer atividade administrativa”. Em razão disso, sustenta não haver dúvidas quanto ao fato de a atividade de Direito Privado desempenhada pela Administração Pública, “tal como aquela de direito público, dever igualmente ser sempre exercida com vista à prossecução do interesse público”. O que diferencia uma atividade (de Direito Público) da outra (de Direito Privado) não é a finalidade a ser alcançada por cada uma delas (que será, em ambos os casos, tutelar o interesse público), mas tão somente o regime jurídico aplicável. ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o Direito Privado*: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2009. p. 167-168.

¹⁵⁸ Tradução livre. No original: “Art. 103.1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”.

¹⁵⁹ MEILÁN GIL, José Luis. Interesses generales e interés público desde la perspectiva del derecho público español. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, n. 40, Belo Horizonte: Fórum, p. 171-198, abr./jun. 2010. p. 196; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado. *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 89, Madrid: Civitas, p. 69-89, ene./mar. 1996. p. 72; SÁINZ MORENO, Fernando. Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico. *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 8, Madrid: Civitas, p. 63-94, ene./mar. 1976. p. 73; MUÑOZ, José Manuel Rodríguez. De la noción de interés general... *Op. Cit.*, p. 560; CORES, Carlos Andrés de; CAL, Juan Manuel. El concepto de interés público y su incidencia en la contratación administrativa. *Revista de Derecho*, n. 11, Montevideo: Universidad de Montevideo – Facultad de Derecho, p. 131-140, ene./jun. 2007. p. 132.

¹⁶⁰ MEILÁN GIL, José Luis. Interesses generales e interés público desde la perspectiva del derecho público español... *Op. Cit.*, p. 178.

são, por exemplo, os de saúde, educação, etc., cuja salvaguarda corresponde ao interesse geral ou público”.¹⁶¹ Apenas para não provocar uma cacofonia, afirmando-se que a Administração Pública serve ao interesse público, propôs-se a alteração da redação para “*intereses generales*”, que foi aprovada na redação final do art. 103.1.¹⁶²

Versando sobre essa concepção ampla de interesse público, concebido como um dever genérico da Administração de obedecer ao sistema normativo, José Luís Meilán Gil destaca que “desde esta perspectiva, o interesse público é conformidade com a legalidade, com o Direito”. Esse sentido conferido ao conceito sob análise é tão próximo ao do princípio da juridicidade administrativa (consonância da atuação administrativa com o ordenamento jurídico) que o autor chega a asseverar que a submissão plena da Administração “não só à lei, mas também ao Direito, no que se deve incluir a Constituição, faz desnecessária a invocação do interesse público”.¹⁶³

3.2 Processo de definição do interesse público em sentido amplo

Dentro dessa perspectiva que vincula o interesse público à juridicidade administrativa, Franco Bassi ressalta que a dinamicidade desse conceito (pode ser que “um interesse hoje qualificado como público deixe de sê-lo amanhã ou vice-versa”) reclama o entendimento de que a definição do que vem a ser interesse público é delineada não pela lei em sentido formal, mas em sentido material. O relevante, segundo o autor, é sublinhar que “a qualificação de um interesse como público constitui o resultado de uma escolha normativa”. Ou seja, o complexo processo de avaliação de qual interesse deverá ser caracterizado como público pode ser realizado em sede constitucional, legislativa ou regulamentar, desde que seja efetuado por um órgão investido de poder normativo pelo ordenamento jurídico, no rigoroso respeito da sua competência.¹⁶⁴

Esse processo de definição pelo ordenamento jurídico de quais interesses devem ser considerados como públicos em sentido amplo, merecendo a tutela do Estado e a observância obrigatória dos cidadãos, é realizado por meio das seguintes etapas. Primeiramente, compete ao legislador constituinte estabelecer em caráter primário os valores fundamentais partilhados pela sociedade, que nortearão a eleição dos fins a serem perseguidos pelo Estado. A razão pela qual lhe compete tão relevante incumbência é muito simples. Conforme ensina Clèmerson Merlin Clève, “a Constituição, atualmente, é o grande espaço, o grande *locus* onde se opera a luta jurídico-política”, que “condensa um compromisso entre as classes e frações de classes sociais que participaram do jogo político que conduziu a sua elaboração”.¹⁶⁵ Contando com a ampla participação dos diversos segmentos da sociedade na sua formação, a Constituição, ao proclamar os

¹⁶¹ NIETO, Alejandro. La Administración sirve... *Op. Cit.*, p. 2186.

¹⁶² A emenda foi aprovada por 23 votos a favor e uma abstenção, conforme consta do *Diário de sesiones del Senado de 6-8-1978*, citado por NIETO, Alejandro. *Idem*, p. 2185-2186 e nota de rodapé nº 1. O autor manifesta surpresa com a “frivolidade” do constituinte espanhol, em modificar expressões sob o argumento da cacofonia.

¹⁶³ MEILÁN GIL, José Luis. Intereses generales e interés público... *Op. Cit.*, p. 187.

¹⁶⁴ BASSI, Franco. Brevi note sulla nozione di interesse pubblico... *Op. Cit.*, p. 246-247.

¹⁶⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória). In: Carlos Henrique de Carvalho Filho (Org.). *Uma vida dedicada ao Direito. Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*. O editor dos juristas. São Paulo: RT, 1995. p. 40. Sobre a compreensão do Direito enquanto “espaço de luta”, ver CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo*. São Paulo: Acadêmica, 1988.

objetivos e princípios fundamentais do Estado, enunciar os direitos fundamentais do cidadão¹⁶⁶ e fixar os programas de ação do Poder Público, qualifica quais interesses devem ser protegidos como *públicos*.

Num segundo momento, cabe à legislação infraconstitucional estabelecer quais interesses devem ser tutelados pelo ordenamento, por intermédio da deliberação pública. O constituinte, muitas vezes, remete ao legislador ordinário a prerrogativa para fixar objetivos políticos, classificando determinados interesses como públicos. Isso não significa que ele assine um cheque em branco e entregue às mãos do Poder Legislativo, eis que a lei deverá estar sempre subordinada a critérios constitucionais concretos e aos valores albergados no tecido da Constituição.¹⁶⁷ O legislador ordinário detém competência para fixar o conteúdo do interesse público, em todos os espaços deixados pelo constituinte. Trata-se de uma exigência lógica da dinamicidade social.¹⁶⁸ Desde que o interesse definido por ele como público não importe afronta a um valor constitucional, ele é livre para apreciá-lo e assim qualificá-lo.¹⁶⁹ Desse modo, embora o interesse público seja determinado primeira e primordialmente pelas normas constitucionais, sua definição não se limita ao que estas últimas dispõem.¹⁷⁰

Nessa esteira, Fernando Sáinz Moreno explica que em um Estado Democrático compete ao legislador fixar o que convém ao interesse público, uma vez que este, na condição de representante da vontade popular, manifesta através de sua atuação legislativa a concepção de interesse público que prevalece em cada momento histórico.¹⁷¹ É por meio de “procedimentos jurídico-democráticos, em um debate público”, que esse interesse é definido.¹⁷² Afinal, conforme pontua Eneida Desiree Salgado, o Parlamento é “a arena da discussão pública, o lugar do debate robusto e acessível a todos, da apresentação de argumentos e de contra-argumentos, de deliberação sobre a vontade do Estado”.¹⁷³ Sustentando posição similar, Mariano R. Brito advoga a existência de um harmonioso vínculo entre legalidade e interesse público, constituindo ambos, blocos de pedras seguras para a operação do regime administrativo.¹⁷⁴ Lições semelhantes são expandidas por Luís de la Morena y de la Morena, Georges Vedel e Pierre Devolvé.¹⁷⁵

Após a especificação do conteúdo do interesse público pela Constituição e pelo legislador ordinário, compete ao Poder Executivo expedir atos normativos, através do exercício do poder regulamentar, explicitando os contornos desse interesse plasmado

¹⁶⁶ MEILÁN GIL, José Luis. Interesses generales e interés público... *Op. Cit.*, p. 183.

¹⁶⁷ NIETO, Alejandro. La Administración sirve... *Op. Cit.*, p. 2215.

¹⁶⁸ BASSI, Franco. Brevi note sulla nozione di interesse pubblico... *Op. Cit.*, p. 246-247.

¹⁶⁹ MERLAND, Guillaume. *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*. Paris: LGDJ, 2004. p. 115.

¹⁷⁰ MERLAND, Guillaume. *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*. In: Bertrand Mathieu; Michel Verpeaux (Dir.). *Intérêt général, norme constitutionnelle*. Paris: Dalloz, 2007. p. 37; MUÑOZ, José Manuel Rodríguez. De la noción de interés general... *Op. Cit.*, p. 563.

¹⁷¹ Cite-se, como exemplo, a Lei nº 16.239/2009 do Estado do Paraná. Após a sua promulgação, passou a ser de interesse público a proibição de consumo de cigarro em locais de uso coletivo total ou parcialmente fechados.

¹⁷² SÁINZ MORENO, Fernando. Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico... *Op. Cit.*, p. 75.

¹⁷³ SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais eleitorais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 230.

¹⁷⁴ BRITO, Mariano R. Principio de legalidad e interés público en el derecho positivo uruguayo. In: _____. *Derecho Administrativo: su permanencia – contemporaneidad – prospectiva*. Montevideo: Universidad de Montevideo, 2004. p. 260.

¹⁷⁵ MORENA, Luis de la Morena y de la. Derecho Administrativo e interés público... *Op. Cit.*, p. 852; VEDEL, Georges; DÉVOLVÉ, Pierre. *Droit Administratif*. t. I. 12. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1992. p. 518.

nas normas constitucionais e legais. Essa etapa só ocorrerá quando se fizer necessária a especificação regulamentar de comandos legais e constitucionais, para a sua fiel execução, como nos casos em que o legislador, “por não dispor da formação adequada, acaba por atribuir ao Executivo o encargo de, por meio de regulamentos, completar a disciplina normativa básica contida em lei”.¹⁷⁶ Tais atos jamais poderão contrariar as determinações do legislador constituinte e ordinário, pois a estes incumbe a fixação *primária* da essência do interesse público. O papel confiado à Administração na definição abstrata do interesse público mediante elaboração normativo-regulamentar ostenta caráter *secundário* e subordinado à Constituição e às leis, conforme ressaltam Clèmerson Merlin Clève¹⁷⁷ e Romeu Felipe Bacellar Filho.¹⁷⁸

Finalmente, caberá à Administração, em face da realidade concreta,¹⁷⁹ buscar a sua satisfação dentro dos fins, alcance e requisitos sinalados no sistema normativo¹⁸⁰ (Constituição, leis e atos administrativos normativos), através da aplicação dos comandos jurídicos que lhe são dirigidos.¹⁸¹ Se a determinação do interesse público incumbe a um órgão dotado de função normativa, é certo que a sua identificação no mundo dos fatos constitui tarefa a ser realizada pela Administração Pública, por meio da edição de atos administrativos concretos.¹⁸² Não é a Administração Pública que qualifica originariamente um interesse como público (salvo no exercício do poder regulamentar, mas que detém, de todo modo, natureza secundária). Via de regra, a ela compete apenas persegui-lo e identificá-lo no caso concreto.¹⁸³

Há hipóteses, contudo, em que as normas jurídicas pré-determinadas não definem claramente o interesse público a tutelar, abrindo espaço para a Administração adotar decisões que lhe preenchem o conteúdo na situação fática. Essa remissão à Administração pode ser feita através da atribuição de uma competência discricionária ou do recurso ao interesse público como conceito legal¹⁸⁴ (quando a norma utiliza fórmulas como “por razões de interesse geral”, “em função do interesse geral”, “conforme os interesses gerais”, etc., que devem ser concretizadas pela Administração diante dos fatos

¹⁷⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: RT, 1993. p. 140.

¹⁷⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Idem*, p. 140.

¹⁷⁸ Para o autor, “os atos provenientes do exercício do poder regulamentar não podem jamais inovar no ordenamento jurídico, criando direitos e obrigações aos seus destinatários. O regulamento deve ser reduzido sempre à sua real expressão de mero explicitador, mero pormenorizador da lei formal. O agente público não pode, a pretexto de tentar explicitar os comandos da lei, ultrapassar as suas reais aspirações”. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Poderes da República e sua relação no ordenamento jurídico brasileiro*. In: *XXIII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Conferência de abertura proferida em 21.10.2009. Florianópolis: Instituto Brasileiro de Direito Administrativo, 2009.

¹⁷⁹ BORGES, Alice Gonzalez. Interesse público: um conceito a determinar. *Revista de Direito Administrativo*, n. 205, Rio de Janeiro: Renovar, p. 109-116, jul./set. 1996. p. 109.

¹⁸⁰ SÁINZ MORENO, Fernando. Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico... *Op. Cit.*, p. 65.

¹⁸¹ SAGUER, Marta Franch i. El interés público: la ética pública del Derecho Administrativo. In: Jorge Fernández Ruiz (Coord.). *Derecho Administrativo: Memorias del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. México: Universidad Nacional Autónoma del México, 2005. p. 406; MORENA, Luis de la Morena y de la. Derecho Administrativo e interés público... *Op. Cit.*, p. 852.

¹⁸² BASSI, Franco. Brevi note sulla nozione di interesse pubblico... *Op. Cit.*, p. 247.

¹⁸³ BASSI, Franco. *Idem*, p. 245.

¹⁸⁴ SÁINZ MORENO, Fernando. Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico... *Op. Cit.*, p. 75.

com que se deparar¹⁸⁵). Em tais casos, será a Administração competente para definir os fins de interesse público no domínio que não é reservado ao legislador.¹⁸⁶ Nessas duas situações – instituição de competência discricionária e interesse público como conceito legal – *quando a existência de um interesse público qualificado for um requisito para habilitar a atuação administrativa*, já se está tratando do *interesse público em sentido estrito*, sobre o qual se versará em tópico específico.

Assim, quando as normas constitucionais, legais e regulamentares estipularem de forma objetiva quais interesses estão sendo por ela protegidos, que vincularão a atividade administrativa na sua efetivação, está-se diante do *interesse público em sentido amplo*: interesses juridicamente tutelados pelo ordenamento jurídico. Quando tais normas capacitarem a Administração a detectar qual é o interesse público no caso concreto, mediante a atribuição de competências discricionárias ou o recurso ao interesse público como conceito legal, aí estará presente o *interesse público em sentido estrito*, desde que a presença desse interesse público especial seja um pressuposto para autorizar a atividade administrativa, permitindo-lhe fazer preponderar o *interesse geral* (da coletividade) sobre um *interesse específico* (*individuais* ou *coletivos*), quando ambos estiverem resguardados pelo Direito positivo.

3.3 Condição negativa de validade dos atos administrativos: princípio da finalidade e desvio de poder

No que tange ao *interesse público em sentido amplo*, outro aspecto que deve ser posto em relevo é a importância do *princípio da finalidade*, como elemento que compõe o seu conteúdo básico. Não basta a afirmação simples de que a Administração deve cumprir a lei para atender ao interesse público. Em primeiro lugar, porque o próprio conteúdo da lei pode lhe ser atentatório, quando contrariar as balizas constitucionais que o delineiam originariamente, razão pela qual, no Direito francês, a conformidade da lei ao interesse público é uma condição imposta para o reconhecimento da sua constitucionalidade.¹⁸⁷ Ademais, porque a aplicação legal pode ser efetuada com uma finalidade diversa daquela prevista pela norma, configurando desvio de poder e descumprimento do interesse público subjacente ao comando jurídico.

A assertiva deve ser formulada em outros termos: para satisfazer o *interesse público em sentido amplo*, é necessário que a Administração aplique a norma jurídica de acordo com a finalidade por ela prevista, pois “quem desatende ao fim, desatende à própria lei”.¹⁸⁸ Com efeito, o *princípio da finalidade* “é firmado para assegurar que a entidade estatal realize os fins a que se destina, como previsto no Direito”.¹⁸⁹ Logo, a concretização da finalidade que a norma jurídica pretende atingir é uma condição de legalidade da ação administrativa,¹⁹⁰ uma vez que o manejo das competências legais pelo administrador

¹⁸⁵ MUÑOZ, José Manuel Rodríguez. De la noción de interés general... *Op. Cit.*, p. 563.

¹⁸⁶ VEDEL, Georges; DÉVOLVÉ, Pierre. *Droit Administratif...* *Op. Cit.*, p. 518.

¹⁸⁷ MERLAND, Guillaume. *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*. Paris: LGDJ, 2004. p. 109.

¹⁸⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. *Op. Cit.*, p. 106.

¹⁸⁹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública...* *Op. Cit.*, p. 150.

¹⁹⁰ Por isso é que Celso Antônio Bandeira de Mello considera o princípio da finalidade como uma inerência do princípio da legalidade administrativa. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. *Op. Cit.*, p. 106.

com vistas a um fim diverso daquele que as justifica significa afronta ao interesse público. Quando a lei atribui uma competência a uma autoridade administrativa, ela o faz com a finalidade de realizar um determinado interesse público, pelo que lhe é defeso aplicá-la com outros objetivos.¹⁹¹

A inclusão do *princípio da finalidade* como componente essencial da noção de *interesse público em sentido amplo* produz duas notórias consequências jurídicas: (i) proíbe a prática de atos administrativos alheios a qualquer finalidade pública prevista pelo ordenamento jurídico em geral (*v.g.*, atos voltados a fins ilícitos), fato que condiciona a validade da atuação administrativa à sua conformidade com o Direito positivo; (ii) veda a expedição de atos administrativos exarados com fundamento na lei, mas dirigidos a uma finalidade diversa daquela prevista pela norma. Nesse último caso, está incorreto dizer que a Administração atendeu a um interesse público diverso,¹⁹² pois se o fim perseguido não foi aquele inscrito na lei, o interesse buscado pelo agente não pode ser considerado como público.¹⁹³ Portanto, não basta que a Administração aja com supedâneo no sistema normativo: o atendimento do *interesse público em sentido amplo* depende do cumprimento da específica finalidade prescrita pela norma jurídica.

Frise-se, assim, que a subordinação da atividade administrativa ao *interesse público em sentido amplo* é exigida não apenas nos atos vinculados, mas também naqueles praticados no exercício de competência discricionária. Estes últimos só estarão em conformidade com essa modalidade de interesse público se sua prática se destinar à finalidade prevista pela norma, de sorte que a ação da Administração tenha como objetivo produzir o resultado específico que a lei destina àquele ato em particular.

Nessa medida é que se afirma que o *interesse público em sentido amplo* funciona como uma *condição negativa de validade* dos atos administrativos, tanto vinculados, quanto discricionários, pois lhes estabelece um limite: ele impede, de um lado, que a Administração atue ao arrepio do ordenamento jurídico, e, de outro, que sejam expedidos atos desobedientes à determinada finalidade a que eles se destinam, tal qual instituída pela norma jurídica que autorizou a sua prática.¹⁹⁴ A violação ao interesse público nessas situações rende ensejo à anulação do ato administrativo pela jurisdição, através da conhecida técnica do *desvio de poder* ou *desvio de finalidade*.

O vício do desvio de poder pode ser definido como “ato pelo qual uma autoridade administrativa utilizou seus poderes com um objetivo diverso daquele em razão do qual seus poderes lhe foram conferidos”.¹⁹⁵ Ele deriva de uma dissonância entre os fins que o autor do ato deveria legalmente buscar e aqueles que ele efetivamente perseguiu. Por esse motivo se pode afirmar que, no fundo, a declaração de nulidade nada mais é do que o reconhecimento de que a Administração não atuou a serviço do interesse público em um caso concreto.¹⁹⁶ Por conseguinte, como observa Jaime Rodríguez-Arana Muñoz,

¹⁹¹ VEDEL, Georges; DÉVOLVÉ, Pierre. *Droit Administratif...* Op. Cit., p. 520-521.

¹⁹² Como o faz Jean Rivero. Cf.: RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1982. p. 290.

¹⁹³ Nessa linha: TRUCHET, Didier. *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*. Paris: LGDJ, 1977. p. 106.

¹⁹⁴ SÁINZ MORENO, Fernando. Sobre el interés público y la legalidad administrativa. *Revista de Administración Pública*, n. 82, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 439-454, ene./abr. 1977. p. 41.

¹⁹⁵ Cuida-se da conhecida formulação de Edouard Laferrière, citada por TRUCHET, Didier. *Les fonctions de la notion d'intérêt général...* Op. Cit., p. 89.

¹⁹⁶ MEILÁN GIL, José Luis. O interesse público e o Direito Administrativo global. In: Romeu Felipe Bacellar Filho; Guilherme Amintas Pazinato da Silva (Coords.). *Direito Administrativo e Integração Regional: Anais do*

quando um tribunal anula um ato administrativo mediante a técnica do *desvio de poder*, significa que ele está atestando que o ato em questão desatendeu ao interesse público previsto na norma que autorizou a sua prática.¹⁹⁷ Uma última etapa desse processo de definição e aplicação do interesse público seria, pois, a verificação da conformidade da atuação administrativa com o interesse público na realidade fática, levada a efeito pelos órgãos jurisdicionais.¹⁹⁸

3.4 Espécies de interesses englobados: interesse geral e interesses específicos

Assentadas as linhas gerais que delineiam o conceito de *interesse público em sentido amplo*, impende demonstrar quais espécies de interesses estão englobadas por essa noção, e qual a sua distinção em relação ao *interesse privado*. A concepção aqui adotada parte de uma proposta desenvolvida por François Ost, sobre interesses e direitos. Muito embora não deduza dessa formulação as mesmas consequências que aqui serão extraídas para a formação da noção de *interesse público*, o autor oferece uma interessante explicação sobre os níveis de proteção jurídica que podem ser outorgados às diversas modalidades de interesses, a qual se revela muito útil para esclarecer a diferença entre *interesse público em sentido amplo* e *interesse privado*.

De acordo com Ost, o fenômeno jurídico é construído por uma luta de incontáveis interesses que muitas vezes assumem a forma de pretensão a um direito, podendo vir a se transformar em direitos subjetivos ou em interesses juridicamente protegidos. O “interesse”, portanto, constitui uma das principais fontes de grande parte dos conceitos jurídicos.¹⁹⁹ Ademais, cuida-se de uma figura dotada de imprecisão, assumindo inúmeras definições distintas. O autor cita o caso do *Vocabulaire juridique* de G. Cornu, que arrola variadas definições para a palavra “interesse”. Para o significado de nº 2, interesse “se distingue de um direito’ (‘aquilo que é bom, oportuno, vantajoso, benéfico – vantagem de ordem patrimonial ou extrapatrimonial’), ao passo que a acepção de nº 4, da mesma palavra, é sinônima de “direito”.²⁰⁰

Por essa razão, deve-se tomar cuidado com afirmações taxativas em matéria de “interesses”, pois é possível que aquilo que um autor denomina de “interesse privado” diga respeito a uma acepção diversa daquela empregada por outro autor que utiliza a mesma expressão. Podem se tratar de concepções distintas sobre o termo “interesse”. Aqui parece estar a chave para entender por que existem tantas confusões quanto ao

V Congresso de Direito Público do Mercosul e do X Congresso Paranaense de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 103.

¹⁹⁷ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El interés general como categoría central de la actuación de las Administraciones Públicas. In: Romeu Felipe Bacellar Filho; Guilherme Amintas Pazinato da Silva (Coords.). *Direito Administrativo e Integração Regional: Anais do V Congresso de Direito Público do Mercosul e do X Congresso Paranaense de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 113.

¹⁹⁸ NIETO, Alejandro. La Administración sirve... *Op. Cit.*, p. 2252; MUÑOZ, José Manuel Rodríguez. De la noción de interés general... *Op. Cit.*, p. 563; SAGUER, Marta Franch i. El interés público... *Op. Cit.*, p. 406.

¹⁹⁹ OST, François. Entre droit et non-droit: l'intérêt. Essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé. In: Philippe Gérard; François Ost; Michel van de Kerchove (Dirs.). *Droit et intérêt*. v. 2. Bruxelles: Facultés Universitaires Sanit-Louis, 1990. p. 10.

²⁰⁰ OST, François. *Idem*, p. 11.

princípio da supremacia do interesse público:²⁰¹ aquilo que Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Romeu Felipe Bacellar Filho chamam de interesse privado,²⁰² por exemplo, trata-se de uma concepção distinta daquela empregada por Humberto Ávila, Daniel Sarmento e Gustavo Binbenojm,²⁰³ apenas para citar alguns autores.

A noção de *interesse público em sentido amplo* engloba, tanto *direitos subjetivos*, quanto outros interesses que, embora não tenham recebido essa roupagem, são também protegidos pela ordem jurídica: os *interesses legítimos*. Tais interesses, distintos dos *direitos subjetivos*, beneficiam-se de uma fluidez conceitual que se afasta da rigidez desses últimos. Eles se acomodam a titulares mais difusos e indeterminados.²⁰⁴ Os *interesses legítimos* fazem nascer novas obrigações que poderão futuramente se traduzir em novos direitos (*v.g.*, expectativa de direito à nomeação, de um candidato aprovado em um concurso público, mas não classificado entre as vagas disponíveis para provimento imediato). E, concomitantemente, eles podem relativizar direitos que aparentavam ser absolutos, restringindo vontades que pareciam ser soberanas²⁰⁵ (*v.g.*, função social da propriedade). São interesses que, embora protegidos por normas jurídicas, não se converteram em direitos subjetivos. Eles se beneficiam de uma proteção limitada e negativa, ou seja, impõem a proibição de condutas que lhes contrariem, embora o seu titular não possa exigir a sua satisfação direta.²⁰⁶

Em ambas as figuras – *direito subjetivo* e *interesse legítimo* – existe um interesse individual reconhecido e tutelado pelo Direito. A distinção entre elas repousa no fato de que no *direito subjetivo* a proteção legal é direta e imediata, conferindo ao seu titular a faculdade de exigir de outrem determinados comportamentos que satisfaçam aquele interesse albergado na lei, autorizando-o, nos casos de descumprimento, a recorrer ao Poder Judiciário para lograr a sua realização.²⁰⁷ Um exemplo seria o direito à aposentadoria do servidor público com sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, que tenha dez anos de exercício no serviço público e cinco no cargo em

²⁰¹ Sobre tal polêmica, conferir com maior profundidade em: HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Curitiba, 2011. 420 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

²⁰² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de interesse público... *Op. Cit.*, p. 181-191; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público. *Interesse Público*, n. 56, Belo Horizonte: Fórum, p. 35-54, jul./ago. 2009; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no Direito Administrativo brasileiro. In: _____; Daniel Wunder Hachem (Coords.). *Direito Administrativo e Interesse Público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 89-116.

²⁰³ ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: Daniel Sarmento (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 173-217; SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: _____ (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 23-117; BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

²⁰⁴ OST, François. *Entre droit et non-droit... Op. Cit.*, p. 12.

²⁰⁵ OST, François. *Idem*, p. 13.

²⁰⁶ GAUTIER, Philippe. Quelques considérations sur l'intérêt privé et l'intérêt public dans un ordre juridique sans maître. In: Philippe Gérard; François Ost; Michel van de Kerchove (Dirs.). *Droit et intérêt*. v. 3. Bruxelles: Facultés Universitaires Sanit-Louis, 1990. p. 225.

²⁰⁷ AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. v. II. Coimbra: Almedina, 2001. p. 65-66.

que se dará a aposentadoria (art. 40, §1º, III, “a” da CF²⁰⁸). A Constituição autoriza que o servidor exija a realização de seu direito, permitindo-lhe, no caso de eventual indeferimento de seu pleito, manejar ação judicial para constranger a Administração a satisfazê-lo (realizando, com isso, o seu interesse individual direta e imediatamente protegido pelo direito subjetivo).

Por seu turno, o *interesse legítimo* goza de uma proteção legislativa indireta (embora igualmente imediata), visto que o particular não pode exigir da Administração que satisfaça o seu interesse individual, pessoal, subjetivo, mas tão somente que não o ofenda ilegalmente. Nesse caso, poderá o sujeito interessado acionar o Judiciário apenas para desfazer os atos ilegais que o tenham prejudicado, não podendo exigir a realização do seu interesse pessoal. Diogo Freitas do Amaral, em breve passagem, explica de forma claríssima essa distinção: “no direito subjetivo, o que existe é *um direito à satisfação de um interesse próprio*; no interesse legítimo, o que existe é apenas *um direito a legalidade das decisões que versem sobre um interesse próprio*”.²⁰⁹

Exemplo de *interesse legítimo* seria o do vencedor de uma licitação que foi revogada pela Administração.²¹⁰ Apesar de o licitante, no caso de revogação, não ter o *direito subjetivo* à adjudicação do objeto da licitação, ele tem o *direito subjetivo* de ser indenizado pelos prejuízos que essa extinção proporcionou ao seu *interesse legítimo* de ser contratado pelo Estado.²¹¹ Outro caso seria o do exercício do poder de polícia através das autorizações: o indivíduo que preencher os requisitos mínimos para a concessão de uma autorização tem o *interesse legítimo* de ter o seu pedido deferido pela Administração. Como se trata de uma apreciação discricionária, o pleito poderá ser denegado. Conquanto o particular não possua um *direito subjetivo* à concessão da autorização, ele tem o *interesse legítimo* de que sua solicitação seja avaliada e concedida. Ele poderá recorrer ao Judiciário caso o indeferimento seja imotivado, pois tem *direito subjetivo* à motivação do ato, mas não ostenta *direito subjetivo* ao deferimento de seu requerimento.

Há quem refute essa distinção, considerando que todos os interesses juridicamente protegidos são *direitos subjetivos*, não havendo que se falar em *interesses legítimos*. É o caso de Emerson Gabardo, que assim se manifesta: “A partir do surgimento da ideia de garantia dos ‘direitos públicos subjetivos’, sobrou pouco espaço para a existência de um ‘interesse juridicamente protegido’ que não implique titularidade subjetiva alguma”, já que “no mínimo, a sociedade seria a titular de tais interesses e poderia cobrar do

²⁰⁸ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Art. 40. (...) §1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§3º e 17: III - voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições: a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher”.

²⁰⁹ AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. Op. Cit., p. 65.

²¹⁰ Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei Federal nº 8.666/93): “Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado”.

²¹¹ Nesse sentido: TALAMINI, Daniele Coutinho. *Revogação do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 198 e 232 et seq; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. Op. Cit., p. 610; JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 682.

Estado a sua proteção".²¹² Concorde-se com autor que, no caso dos *interesses legítimos*, a sociedade poderá demandar do Poder Público a sua tutela, em caso de violação, mas apenas num sentido negativo. Não parece que a forma como se dará essa proteção judicial seja idêntica, *v.g.*, no caso de ofensa ao direito de propriedade (*direito subjetivo* do indivíduo) e na hipótese de descumprimento da função social da propriedade (*interesse legítimo* da sociedade).

Ambas as situações – *direito subjetivo* e *interesse legítimo* – são passíveis de controle jurisdicional, embora em medidas diferentes. Não se pretende aqui acentuar essa distinção para afastar a possibilidade de controle jurisdicional deste último. Tal diferenciação – com o objetivo de determinar quais atos podem ser impugnados perante o Poder Judiciário – só faz sentido em países de jurisdição dúplice, que adotam esse critério para estreitar a competência do Poder Judiciário daquela própria Jurisdição Administrativa, como é o caso da Itália.²¹³ O que importa ressaltar, para os fins a que se destina este estudo, é que todo *interesse juridicamente protegido* deve ser considerado como *interesse público em sentido amplo*. Portanto, em razão do escopo almejado por essa explicação, a possibilidade ou não de se fazer essa distinção é irrelevante. Assim, independentemente de ser ou não possível fazer essa separação no Brasil, o fato é que ela é significativa em outros países, motivo pelo qual se continuará aludindo a *direitos subjetivos* e *interesses legítimos*.

De todo modo, convém salientar que não se pode confundir interesses com direitos.²¹⁴ Há interesses que são protegidos pelo ordenamento jurídico, ao passo que outros não o são. Existem ainda aqueles cuja perseguição é proibida pelo sistema normativo: a ordem jurídica não apenas deixa de tutelá-los, como também veda a sua satisfação. Pode-se então dizer que no meio de um mar de interesses, um conjunto mais restrito deles é elevado à dignidade de direitos subjetivos,²¹⁵ havendo outras espécies que não desfrutam dessa proteção pelo Direito.

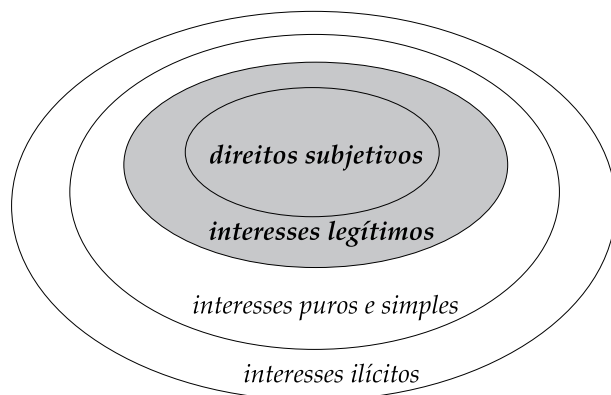
Em uma imagem sugerida por François Ost, é possível identificar essa vasta gama de interesses como um grande círculo, no centro do qual figura um núcleo composto por *direitos subjetivos*, que conferem aos seus titulares uma proteção jurídica máxima. Em uma segunda camada, muito próxima a esse núcleo duro dos direitos subjetivos, estão os *interesses legítimos*, cujo reconhecimento enseja certa proteção jurídica, que proíbe a sua ofensa por terceiros, embora não autorize a postulação da sua satisfação direta. Numa terceira esfera, encontram-se *interesses puros e simples*, cuja realização é indiferente para o ordenamento jurídico; não são nem proibidos, nem tutelados. Podem ser perseguidos, desde que não conflitem com o Direito positivo. Na quarta camada, situada na periferia do círculo, estão os *interesses ilícitos*, cuja perseguição é apenas pelo sistema jurídico com sanções civis, administrativas e penais. Esquemáticamente, tal quadro se apresentaria da seguinte forma:

²¹² GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade*: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 305.

²¹³ Nesse sentido, ver: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Proteção jurisdicional dos interesses legítimos no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, n. 176, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, p. 9-14, abr./jun. 1989.

²¹⁴ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade... Op. Cit.*, p. 304.

²¹⁵ OST, François. *Idem*, p. 36-37.



Os dois círculos preenchidos de cinza representam o conjunto de interesses protegidos pelo Direito. Os que estão em branco, retratam os interesses não protegidos (*puros e simples*) e os proibidos (*ilícitos*). Partindo desse quadro, e das ilações anteriormente alinhavadas, conclui-se que o *interesse público em sentido amplo*, que prevalece sobre o interesse privado, é composto pelas duas camadas centrais do diagrama de interesses: os *direitos subjetivos* e os *interesses legítimos*. Aí estão incluídos os direitos individuais, difusos e coletivos, fundamentais ou não, bem como toda a sorte de interesses que encontrem respaldo no ordenamento jurídico: eficiência e economicidade no manejo dos recursos públicos, transparência e publicidade na sua aplicação, isonomia nos certames públicos, entre tantos outros.

Essa associação entre *interesses juridicamente protegidos* e *interesse público em sentido amplo* justifica-se porque o “interesse público” tem um sentido objetivo, e não subjetivo. Daí se afirmar que a noção de interesse contida na expressão “interesse privado” difere-se daquela presente na locução “interesse público”.²¹⁶ O *interesse público em sentido amplo* é aquele objetivamente protegido pelo ordenamento, ao passo que o *interesse privado* é aquele subjetivamente pretendido por qualquer pessoa, física ou jurídica, pública ou privada, voltado à satisfação de suas conveniências pessoais. O interesse objetivamente plasmado no sistema normativo é público em razão da sua universalidade.²¹⁷ Todos os indivíduos ou grupos sociais que estiverem naquela situação serão beneficiados pelo efeito da norma jurídica. É essa universalidade da norma – incidência em todo e qualquer caso semelhante – que lhe confere o qualificativo de protetora do interesse público.

Tal conclusão deriva, em alguma medida, da conceituação lógica de interesse público proposta por Celso Antônio Bandeira de Mello: é interesse dos indivíduos, enquanto membros da coletividade, que os interesses albergados pelo sistema normativo sejam tutelados, independentemente de sua natureza individual, coletiva ou difusa. São interesses objetivamente protegidos pelo Direito, através das normas criadas pelos representantes do povo, expressando a vontade popular. Representam a *dimensão pública* dos interesses dos indivíduos, à qual já se referiu anteriormente.²¹⁸ Cite-se um exemplo:

²¹⁶ GABARDO, Emerson. Interesse público e subsidiariedade... *Op. Cit.*, p. 305.

²¹⁷ GAUTIER, Philippe. Quelques considérations sur l'intérêt privé et l'intérêt public... *Op. Cit.*, p. 224.

²¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 27. ed. *Op. Cit.*, p. 60-61.

a indenização de um dano causado por uma ação estatal ao inimigo de um indivíduo, poderia, em princípio, não lhe interessar subjetivamente. Mas se ele estivesse na mesma situação de prejuízo experimentada pelo seu desafeto, teria interesse na indenização. Assim, ele tem um interesse objetivo de que o ordenamento jurídico preveja o dever de reparação dos danos causados pelo Estado. O mesmo ocorre na situação em que um cidadão não tem a menor pretensão subjetiva de participar de uma licitação pública. Ele poderia afirmar que não ostenta qualquer interesse no respeito à legalidade do edital, eis que a nulidade não lhe afeta diretamente. Porém, se ele estivesse no lugar de um dos licitantes, teria pleno interesse na sua conformidade jurídica. Logo, ele tem um interesse objetivo, que emana da sua qualidade de membro da sociedade, de que o ordenamento jurídico preveja o dever de restauração da legalidade do processo licitatório.

As espécies de interesses que compõem o conceito de *interesse público em sentido amplo* são, portanto, aquelas que o ordenamento jurídico protege na forma de *direitos subjetivos* ou *interesses legítimos*, podendo ostentar natureza: (a) *individual*, quando titularizados pelo indivíduo singularmente considerado; (b) *coletiva*, quando titularizados por um “grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”;²¹⁹ ou (c) *difusa*, considerados como aqueles “de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.^{220 221}

A categoria abrange, conseqüentemente, tanto o que aqui se passará a rotular de *interesse geral* (da coletividade em si mesma considerada), quanto àquilo que se chamará de *interesses específicos (individuais e coletivos)* protegidos pelo ordenamento.²²² Atente-se para a distinção entre *interesse geral*, de titularidade difusa (*v.g.*, proteção do meio-ambiente) e *interesse coletivo*, cujos titulares são grupos, categorias ou classes de pessoas determinadas (*v.g.*, consumidores). O primeiro deles (*interesse geral*) é o que se chamará de *interesse público em sentido estrito*, a ser explorado em tópico próprio neste artigo.

A extrema riqueza e a sofisticação do conceito de *interesse público* pode ser verificada no fato de que a mera referência a uma exigência da coletividade não é suficiente para abarcar todo o seu espectro,²²³ quando ele é considerado em seu *sentido amplo*. A natureza individual ou setorial de um interesse não impede que ele seja

²¹⁹ Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal nº 8.078/90): “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: (...) II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.

²²⁰ Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal nº 8.078/90): “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: (...) I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

²²¹ Diverge-se, pois, do entendimento de Marçal Justen Filho, para quem “não há dúvidas acerca da existência de interesses *coletivos* e *difusos* que, não obstante sua pertinência a uma pluralidade de sujeitos privados, continuam a ter natureza privada”. JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público... *Op. Cit.*, p. 122.

²²² Conquanto não estabeleça uma distinção entre *interesse público em sentido amplo* e *interesse público em sentido estrito*, Fábio Medina Osório também inclui no conceito de interesse público a proteção de interesses coletivos, difusos e individuais. Cf.: OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo brasileiro? *Revista de Direito Administrativo*, n. 220, Rio de Janeiro: Renovar, p. 69-107, abr./jun. 2000. p. 74, nota de rodapé nº 7.

²²³ BASSI, Franco. Brevi note sulla nozione di interesse pubblico... *Op. Cit.*, p. 244.

qualificado como público.²²⁴ Destarte, os direitos subjetivos de caráter individual devem ser, invariavelmente, considerados como *interesse público (lato sensu)*. Compreendê-los como interesses exclusivamente privados significa retornar à concepção clássica do Direito Civil, edificada sobre um paradigma essencialmente individualista e privatista, que observava esse ramo jurídico como o campo do Direito destinado à proteção de interesses egoísticos.²²⁵ Consiste em uma noção superada de direito subjetivo que o encara como “expressão de um individualismo exagerado que empurra ao primeiro plano da ciência do direito, os interesses egoístas dos particulares”.²²⁶ Contemporaneamente, essa racionalidade transformou-se, passando-se a entender que no “acatamento ao direito subjetivo está, sem dúvida, a própria garantia do interesse público”.²²⁷

4 Interesse público em sentido estrito

Entre os interesses juridicamente protegidos, que configuram o *interesse público em sentido amplo*, há uma parcela que se refere à coletividade considerada em si mesma (*interesse geral*), cuja identificação deve ser efetuada no caso concreto pelo Estado, nas hipóteses em que a norma jurídica atribui a determinado órgão, explícita ou implicitamente, uma competência para tanto, conferindo-lhe prerrogativas para assegurar a prevalência desses interesses sobre *interesses específicos (individuais e coletivos)* também tutelados pelo sistema normativo. Poderá ser uma competência instituída pelo constituinte ao legislador ordinário, ou por qualquer um destes à Administração Pública ou à jurisdição. Em tais situações, está-se diante daquilo que se propõe a denominar de *interesse público em sentido estrito*.

4.1 Condição positiva de validade dos atos administrativos

Nessa perspectiva, a noção em referência não é utilizada para impedir que o administrador contrarie as disposições do ordenamento jurídico (*pressuposto negativo de validade do ato*), mas sim, para autorizar a sua atuação apenas em determinadas situações em que, se presente o *interesse público (stricto sensu)*, estará permitida a intervenção estatal.²²⁸ Sob essa dimensão, portanto, o interesse público não é concebido como um conceito que impõe um *limite negativo* à ação administrativa, mas como uma categoria que institui uma *condição positiva de validade* da atividade do Poder Público.²²⁹ Trata-se de um *plus*, de um interesse público qualificado, que ultrapassa o simples respeito ao Direito positivo.

²²⁴ MARTÍNEZ, Augusto Durán. Derechos prestacionales e interés público. In: Romeu Felipe Bacellar Filho; Guilherme Amintas Pazinato da Silva (Coords.). *Direito Administrativo e Integração Regional: Anais do V Congresso de Direito Público do Mercosul e do X Congresso Paranaense de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 156.

²²⁵ Uma ampla demonstração da superação dessa concepção pode ser encontrada em: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: RT, 2002.

²²⁶ A expressão é de H. Coing, citado por CLAMOUR, Guylain. *Intérêt général et concurrence...* *Op. Cit.*, p. 180-181.

²²⁷ CARVALHO, Paulo Neves de. *Da revogação no Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Estabelecimentos Gráficos Santa Maria, 1951. p. 104.

²²⁸ MERLAND, Guillaume. *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*. Paris: LGDJ, 2004. p. 75.

²²⁹ TRUCHET, Didier. Les fonctions de la notion d'intérêt général... *Op. Cit.*, p. 109 e 111; SÁINZ MORENO, Fernando. Sobre el interés público y la legalidad administrativa... *Op. Cit.*, p. 442.

Conforme explica Eduardo García de Enterría, são casos em que as disposições normativas “impõem reduplicativamente a exigência da presença específica de um qualificado interesse público para poder exercitar determinada competência ou justificar uma medida concreta, normalmente de exceção da regra comum”.²³⁰ É o caso, por exemplo, da desapropriação: só estará juridicamente autorizada a expropriação de um imóvel pela Administração se na realidade fática houver um determinado *interesse público* (“necessidade ou utilidade pública” ou “interesse social”²³¹) que a justifique.²³²

Essa modalidade do conceito sob exame é verificada nas hipóteses em que a norma remete ao legislador ordinário, à Administração ou à jurisdição a incumbência de avaliar, no caso concreto, se há um interesse público que justifique a sua atuação, isto é, um interesse titularizado pela coletividade (*interesse geral*) que deva ser assegurado pelo Estado mediante a sua intervenção, prevalecendo, inclusive, sobre outros interesses juridicamente resguardados, *individuais* ou *coletivos*, que venham a colidir com ele. São situações em que o enunciado normativo faz uma remissão de segundo grau à decisão administrativa, eis que a seleção de primeiro grau é operada anteriormente pela lei.²³³ Mas pode se tratar, também, de uma remissão de segundo grau realizada pelo constituinte ao legislador ordinário, ou por qualquer destes à jurisdição.

O recurso ao *interesse público em sentido estrito* como condição necessária para a atuação administrativa ocorre, normalmente, em uma das seguintes situações: (i) para instituir proibições, limitações a direitos ou coações, que sejam impostas unilateralmente pelo Estado (*v.g.*, instituição de tombamento; aplicação de multa mediante atos dotados de autoexecutoriedade); (ii) como pressuposto para concessão de autorizações, que serão denegadas se ofensivas ao interesse geral (*v.g.*, autorização para produção e distribuição de materiais bélicos); (iii) para justificar modificações ou extinções de atos ou relações jurídicas já estabelecidas (*v.g.*, exercício da autotutela; alteração e rescisão unilaterais de contratos administrativos).²³⁴

²³⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la Administración*. 5. ed. reimp. Madrid: Thomson-Civitas, 2005. p. 79.

²³¹ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Art. 5º. (...) XXIV – a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”.

²³² Uma análise detalhada desse aspecto da noção de interesse público pode ser encontrada na *Première Partie, Titre II, Sous-titre I, Chapitre II – “L’aspect positif des rapports entre intérêt général et légalité administrative”* da obra TRUCHET, Didier. *Les fonctions de la notion d’intérêt général...* *Op. Cit.*, p. 111-141.

²³³ O autor fornece uma série de exemplos de dispositivos dessa natureza nas leis espanholas: “por ejemplo: art. 4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995: “La Administración podrá concertar los contratos, pactos y condiciones que tenga por conveniente siempre que no sean contrarios al interés público”; art. 5.2.c) de la misma Ley: son contratos administrativos “los de objeto distinto a los anteriormente expresados... vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública”; art. 60.1 de la misma Ley: “el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de... modificar –los contratos administrativos– por razones de interés público”; art. 37.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común, de 1992: “El ejercicio de los derechos que establecen los apartados anteriores –de acceso a archivos y registros– podrá ser denegado cuando prevalezcan razones de interés público”; art. 50.1 de la misma Ley: “Cuando razones de interés público lo aconsejen se podrá acordar... la aplicación del procedimiento de la tramitación de urgencia”; art. 75.3 de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, de 1987: “La Administración podrá realizar de oficio o a instancia de los concesionarios o de los usuarios las modificaciones en las condiciones de prestación no previstas en el título concesional y las ampliaciones, reducciones o sustituciones de itinerarios que resulten necesarias o convenientes para una mejor prestación del servicio, etc.”. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado... *Op. Cit.*, p. 73-74.

²³⁴ SÁINZ MORENO, Fernando. Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico... *Op. Cit.*, p. 68-70.

As normas constitucionais, legais e regulamentares poderão endereçar ao Poder Público essa tarefa – de apreciar concretamente o que convém ao *interesse público em sentido estrito* – de duas maneiras distintas: i. *explicitamente*, utilizando o “interesse público como conceito legal” (v.g., “de acordo com o interesse público”, “por motivos de interesse público”, etc.²³⁵); ii. *implicitamente*, atribuindo uma competência discricionária ao agente público. Em ambos os casos, o ordenamento impõe ao órgão estatal o dever de interpretar, face à realidade fática, quais situações atendem ao interesse da coletividade (*interesse geral*), fundando sua decisão em critérios jurídicos.²³⁶ Mas o que peculiariza essas duas modalidades de *interesse público em sentido estrito* não é simplesmente a utilização do termo “interesse público” (ou análogos) pelo enunciado normativo, ou a outorga de uma competência discricionária, e sim, a necessidade de que esse interesse público especial esteja presente para permitir a atuação administrativa.

4.2 Interesse público como conceito legal

Tratando-se do “interesse público como conceito legal”, o Poder Público, diante de um dado caso, deverá demonstrar que aquela situação fática enquadra-se no motivo legal definido como “interesse público”, desencadeando então as consequências jurídicas definidas pela norma.²³⁷ A expressão “interesse público” ou alguma de suas similares (“interesse social”, “interesse geral”, “utilidade pública”, “interesse nacional”, etc.²³⁸) é incorporada pela disposição normativa, a qual, ao aplicar-se a uma ocasião específica, alcança um grau de concreção muito mais elevado em razão do contexto reduzido de circunstâncias que poderão explicar a sua utilização.²³⁹ Logo, quando se depara com o “interesse público como conceito legal”, o órgão reveste-se do dever-poder de, no episódio concreto, verificar se está presente um fato subsumível à categoria do interesse público, momento em que serão deflagrados os efeitos jurídicos pretendidos pela norma.

Um exemplo disso pode ser retirado do Direito espanhol. Como visto, a Constituição espanhola de 1978 determina em seu art. 103.1 que a Administração deve servir objetivamente aos interesses gerais, com submissão plena à lei e ao Direito. O dispositivo versa sobre o *interesse público em sentido amplo*, isto é, o genérico dever do Estado de atuar conforme o ordenamento jurídico. Mas há, conforme explica Jesús González Pérez, uma outra espécie de interesse público, especial, qualificado, que se estiver presente impõe a sua prevalência sobre outros interesses juridicamente protegidos. É o caso da suspensão jurisdicional da execução de um ato administrativo:²⁴⁰ se houver razões de interesse público que reclamem a manutenção da execução do ato,

²³⁵ MUÑOZ, José Manuel Rodríguez. De la noción de interés general... *Op. Cit.*, p. 563.

²³⁶ SÁINZ MORENO, Fernando. Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico... *Op. Cit.*, p. 76.

²³⁷ NIETO, Alejandro. La Administración sirve... *Op. Cit.*, p. 2217.

²³⁸ TRUCHET, Didier. Les fonctions de la notion d'intérêt général... *Op. Cit.*, p. 277.

²³⁹ MUÑOZ, José Manuel Rodríguez. De la noción de interés general... *Op. Cit.*, p. 562.

²⁴⁰ Sobre o tema, ver: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *La suspensión del acto administrativo (en vía de recurso)*. Madrid: Montecorvo, 1986; e, de acordo com a nova lei, RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Las medidas cautelares en la jurisdicción contenciosa-administrativa en España. In: David Cienfuegos Salgado; Miguel Alejandro López Olvera (Coords.). *Estudios en homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz*. Derecho procesal. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 301-323.

esta não poderá ser suspensa e a medida cautelar poderá ser denegada.²⁴¹ Cuida-se, aí, de um *interesse público em sentido estrito*, que se estiver presente, autoriza a Administração a continuar executando um ato administrativo impugnado, vedando a sua suspensão pelo juiz ou pelo Tribunal.²⁴²

Repise-se, para que não haja dúvidas, que os dois enunciados normativos traduzem exemplos de “interesse público como conceito legal”: no art. 103.1 da Constituição espanhola (“*intereses generales*”) e no art. 130.2 da *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, nº 29/1998 (“*intereses generales*”). Mas o primeiro representa o *interesse público em sentido amplo* (conformidade com o ordenamento jurídico), como *condição negativa de validade* do ato, ao passo que o segundo se trata de *interesse público em sentido estrito*, como *condição positiva de validade* da ação estatal.

Outro ordenamento jurídico que oferece bons exemplos dessa espécie de *interesse público* é o uruguaio. A Constituição do Uruguai utiliza em uma série de dispositivos constitucionais o “*interés general*” como conceito legal, situando-o como uma *condição positiva de validade* das leis restritivas a direitos e liberdades fundamentais do cidadão.²⁴³ O *interesse geral* funciona como um freio ao legislador, na imposição dessas limitações: somente quando aquele estiver presente, estas serão autorizadas.²⁴⁴ Nesse aspecto, “a noção de interesse geral aparece claramente vinculada com o conceito de razoabilidade”,²⁴⁵ pois a constitucionalidade da medida restritiva deve ser razoável no que diz respeito aos fins a que ela se propõe.

É o que ocorre com o art. 7º, segundo o qual só se pode privar alguém dos direitos à vida, à honra, à liberdade, à segurança, ao trabalho e à propriedade se a medida estiver em conformidade com “as leis que se estabelecem por razões de interesse geral”.²⁴⁶ O mesmo se passa com os artigos 28, 32, 36 e 47.²⁴⁷ Embora não se dirijam à Administração

²⁴¹ ESPANHA. *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* (LJCA), n. 29 de 13 de julho de 1998: “Art. 130.2. La medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada”.

²⁴² GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. La suspensión de ejecución del acto objeto de recurso contencioso-administrativo. *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 5, Madrid: Civitas, p. 248-255, abr./jun. 1975. p. 254.

²⁴³ BRITO, Mariano R. Principio de legalidad e interés público en el derecho positivo uruguayo. In: _____. *Derecho Administrativo: su permanencia – contemporaneidad – prospectiva*. Montevideo: Universidad de Montevideo, 2004. p. 265.

²⁴⁴ MARTÍNEZ, Augusto Durán. Derechos prestacionales e interés público. In: Romeu Felipe Bacellar Filho; Guilherme Amintas Pazinato da Silva (Coords.). *Direito Administrativo e Integração Regional: Anais do V Congresso de Direito Público do Mercosul e do X Congresso Paranaense de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 156.

²⁴⁵ REY, Alejandro. El interés general. Argumento para limitar derechos individuales. *Revista de Derecho*, n. 13, Montevideo: Universidad de Montevideo – Facultad de Derecho, p. 177-187, ene./jun. 2008. p. 187.

²⁴⁶ Constituição da República Oriental do Uruguai de 1967: “Artículo 7. Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecen por razones de interés general”.

²⁴⁷ Constituição da República Oriental do Uruguai de 1967: “Artículo 28. Los papeles de los particulares y su correspondencia epistolar, telegráfica o de cualquier otra especie, son inviolables, y nunca podrá hacerse su registro, examen o interceptación sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general. (...) Artículo 32. La propiedad es un derecho inviolable, pero sujeto a lo que dispongan las leyes que se establecieron por razones de interés general. Nadie podrá ser privado de su derecho de propiedad sino en los casos de necesidad o utilidad públicas establecidos por una ley y recibiendo siempre del Tesoro Nacional una justa y previa compensación. Cuando se declare la expropiación por causa de necesidad o utilidad públicas, se indemnizará a los propietarios por los daños y perjuicios que sufrieren en razón de la duración del procedimiento expropiatorio, se consume o no la expropiación; incluso los que deriven de las variaciones en el valor de la moneda. (...) Artículo 36. Toda persona puede dedicarse al trabajo, cultivo, industria, comercio, profesión o cualquier otra actividad lícita, salvo las limitaciones de interés general que establezcan las leyes. (...) Artículo 47. La protección del medio ambiente es de interés general. Las personas deberán abstenerse de cualquier acto que

Pública, mas ao Poder Legislativo, essa é também uma hipótese de *interesse público em sentido estrito* (como conceito legal): o legislador deverá identificar, concretamente, quais são as situações em que há um interesse público (*stricto sensu*) capaz de justificar a limitação de direitos fundamentais albergados na Constituição.

O Direito brasileiro é também recheado de exemplos de “interesse público como conceito legal”. Na Constituição Federal, exige-se a presença desse *interesse público em sentido estrito* para habilitar à Administração competência para promover a desapropriação (art. 5º, XXIV da CF²⁴⁸) e a requisição da propriedade particular no caso de iminente perigo público (art. 5º, XXV da CF²⁴⁹). É também essa espécie de interesse público que se localiza na base do art. 173 da Lei Maior:²⁵⁰ a exploração direta de atividade econômica pelo Estado somente será permitida em razão de “imperativos de segurança nacional” ou “relevante interesse coletivo”, que configuram hipóteses de *interesse geral* (da coletividade considerada em si mesma).

Mencione-se, ainda, em sede constitucional, a possibilidade de restrição da publicidade dos atos processuais quando o interesse social assim o exigir (art. 5º, LX da CF²⁵¹), e do “direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral” nas situações em que o sigilo “seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado” (art. 5º, XXXIII da CF²⁵²). São ilustrações de normas jurídicas que recorrem ao *interesse público (stricto sensu)* como conceito legal, para autorizar a Administração a restringir *interesses específicos (individuais e/ou coletivos)* protegidos pelo ordenamento, em nome do *interesse geral* (da coletividade).

Na esfera infraconstitucional podem ser aludidas, entre tantas outras, as hipóteses de encampação do serviço público concedido, “por motivo de interesse público” (art. 37 da Lei Federal nº 8.987/95²⁵³), de rescisão unilateral do contrato administrativo por “razões de interesse público” (art. 78, XII da Lei Federal nº 8.666/93²⁵⁴), de revogação da licitação “por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente

cause depredación, destrucción o contaminación graves al medio ambiente. La ley reglamentará esta disposición y podrá prever sanciones para los transgresores”.

²⁴⁸ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Art. 5º. (...) XXIV – a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”.

²⁴⁹ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Art. 5º. (...) XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano”.

²⁵⁰ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Art. 170. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

²⁵¹ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Art. 5º. (...) LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o *interesse social* o exigirem” (*grifei*).

²⁵² Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Art. 5º. (...) XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

²⁵³ Lei de Concessões de Serviços Públicos (Lei Federal nº 8.987/95): “Art. 37. Considera-se encampação a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização, na forma do artigo anterior”.

²⁵⁴ Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei Federal nº 8.666/93): “Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato: (...) XII - razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato”.

comprovado” (art. 49 da Lei Federal nº 8.666/93²⁵⁵), de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade por motivos de “excepcional interesse social” (art. 27 da Lei Federal nº 9.868/99²⁵⁶), de convalidação dos atos administrativos, que é vedada se for suscetível a acarretar “lesão ao interesse público” (art. 53 da Lei Federal nº 9.784/99²⁵⁷), etc.

4.3 Interesse público e discricionariedade administrativa

Uma segunda forma de remissão feita pelo legislador à Administração Pública para que esta identifique, no mundo dos fatos, quais situações configuram um *interesse público em sentido estrito*, é a modalidade implícita, que ocorre através da atribuição de uma competência discricionária. São as ocasiões em que, muito embora a lei não lance mão do termo “interesse público”, este constitui, tacitamente, um pressuposto necessário para permitir o exercício de determinada prerrogativa pela Administração.²⁵⁸

Note-se, pois, que não se está afirmando que toda e qualquer outorga legal de competência discricionária configura modalidade de *interesse público em sentido estrito*. É certo que todo ato praticado no exercício de competência discricionária, por fundar-se em critérios de conveniência e oportunidade, deve atender ao *interesse público em sentido amplo*, conformando-se ao ordenamento jurídico e cumprindo a específica finalidade que deve ser atingida com a sua expedição, por exigência legal. Mas há situações peculiares em que a norma, sem utilizar a expressão “interesse público” ou suas sinonímias, determina implicitamente que a Administração exerça juízos de apreciação discricionária, para verificar o que convém ou não ao interesse público, como *pressuposto positivo de validade do ato*: se no caso concreto a medida for conveniente ao interesse público, o ato poderá ser praticado.²⁵⁹ Está-se aí em face do *interesse público em sentido estrito*.

Essa espécie pode ser encontrada com maior frequência no exercício do poder de polícia, nos casos de competência discricionária. Como se sabe, a polícia administrativa pode ser exercitada de forma vinculada ou discricionária. Na primeira modalidade, situam-se as atividades cujo exercício depende de uma *licença*: basta que o requerente demonstre que preencheu todos os requisitos exigidos pela lei para que a Administração tenha o dever de concedê-la (*v.g.*, licença para construir). É suficiente, portanto, o cumprimento do *interesse público em sentido amplo* (conformidade com o

²⁵⁵ Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei Federal nº 8.666/93): “Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado”.

²⁵⁶ Lei Federal nº 9.868/99: “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou do ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

²⁵⁷ Lei de Processo Administrativo (Lei Federal nº 9.784/99): “Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração”.

²⁵⁸ SÁINZ MORENO, Fernando. Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico... *Op. Cit.*, p. 70.

²⁵⁹ SESÍN, Domingo Juan. *Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica*: Nuevos mecanismos de control judicial. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 2004. p. 139.

sistema normativo). Na segunda, enquadram-se os atos que se sujeitam à concessão de uma *autorização*: mesmo que preenchidas as exigências legais mínimas, a Administração deverá apreciar, conforme as peculiaridades do caso concreto, se é conveniente ao interesse público que se defira o pedido. É o que acontece, *v.g.*, com as autorizações para produção ou distribuição de explosivos e para porte de armas.²⁶⁰ Faz-se necessária a presença do *interesse público em sentido estrito*, especial, qualificado, para que o Poder Público consinta o exercício da atividade.

Caberia aqui discutir se há diferença entre essas duas formas de exigência de um *interesse público em sentido estrito*: (a) *explícita*, mediante o “interesse público como conceito legal”, e (b) *implícita*, através da competência discricionária. É o antigo debate sobre a possibilidade de distinção entre conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. Parcela da doutrina faz essa separação, alegando que, no primeiro caso, o conceito indeterminado é definido legalmente como algo que corresponde a um único resultado possível, a ser verificado pelo Poder Público no mundo dos fatos, enquanto que a discricionariedade se verifica quando há uma pluralidade de soluções juridicamente possíveis, dentre as quais a Administração pode escolher livremente.²⁶¹ Outra corrente nega a diferenciação, afirmando tratar-se do mesmo fenômeno, no qual a lei confere uma margem de atuação ao agente para que identifique em cada ocasião, dentro dos limites do razoável, se os fatos correspondem à previsão normativa, ativando a produção de seus efeitos jurídicos.²⁶²

No Direito brasileiro, a melhor resposta a essa querela parece ser a de Celso Antônio Bandeira de Mello. De acordo com o jurista, em casos de discricionariedade (nos quais o autor inclui os conceitos jurídicos fluidos, negando, portanto, a distinção), a lei impõe ao administrador o dever jurídico de adotar a única solução “*que atenda com absoluta perfeição a finalidade da lei*”, não lhe cabendo optar pela prática de um ato qualquer que seja comportado pela norma. Mesmo que haja mais de uma opção possível, o administrador deve escolher a solução ótima, sob pena de descumprir a finalidade legal.²⁶³ Concordando com essa posição, Emerson Gabardo fundamenta tal inteligência no princípio constitucional da eficiência administrativa (art. 37, *caput* da CF): por decorrência imperativa desse comando, o ordenamento jurídico obriga a Administração a acolher a melhor opção dentre as várias existentes, ainda que as demais sejam igualmente razoáveis para cumprir a norma.²⁶⁴

Diante desse entendimento, que sob a ótica do sistema jurídico pátrio parece ser irrefutável, torna-se juridicamente irrelevante diferenciar os conceitos legais indeterminados e a discricionariedade administrativa, já que em ambas as situações o administrador só poderá agir em conformidade com a melhor solução para o caso concreto, independentemente da existência de alternativas igualmente razoáveis; do contrário, será inválida a sua atuação.

²⁶⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. *Op. Cit.*, p. 119-120.

²⁶¹ Nesse sentido: BRITO, Mariano R. Principio de legalidad e interés público en el derecho positivo uruguayo. *Op. Cit.*, p. 266; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado... *Op. Cit.*, p. 72.

²⁶² SESÍN, Domingo Juan. *Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica...* *Op. Cit.*, p. 141; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdiccional*. 2. ed. 8. tir. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 22-28.

²⁶³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Idem*, p. 32-36 (*grifos no original*).

²⁶⁴ GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 130-135.

4.4 Dever de motivação expressa

Afora tais considerações, calha apontar um requisito essencial que deve ser preenchido para habilitar o Poder Público a lançar mão do conceito de *interesse público em sentido estrito*: a motivação dos atos administrativos que o tiverem como fundamento. Por não se tratar de um genérico interesse público (*lato sensu*), compreendido como respeito ao ordenamento jurídico, mas sim, de um interesse determinado, especial e titularizado pela coletividade, que justifica, no caso concreto, a sua prevalência sobre outros interesses albergados pelo Direito positivo (*individuais e coletivos*), os órgãos públicos não o podem invocar abstratamente. É imprescindível que haja uma motivação expressa, que indique claramente os fundamentos que conduziram o ente a praticar o ato, demonstrando que as circunstâncias existentes na realidade fática correspondem efetivamente ao interesse da coletividade.

Seja no emprego do “interesse público como conceito legal”, seja na instituição de uma competência discricionária, quando a norma jurídica utiliza o *interesse público em sentido estrito* (condição positiva de validade do ato administrativo) ela não está autorizando os agentes públicos a agirem de acordo com aquilo que “seu bem querer ou sua imaginação possam sugerir-lhes”.²⁶⁵ Tais disposições emprestam ao Poder Público prerrogativas que lhe possibilitam satisfazer o *interesse geral*, da coletividade, ainda que para isso seja necessário fazê-lo preponderar, no caso concreto, sobre outros interesses juridicamente tutelados. Em razão disso, impõe-se o dever de motivação dos atos administrativos dessa natureza, com a exposição detalhada das razões fáticas que justificaram a prática desses atos.

É a lição de Eduardo García de Enterría, segundo a qual, nos casos em que a norma jurídica superpõe uma causa específica de interesse público (aqui chamada de *interesse público em sentido estrito*) sobre a genérica que deriva do art. 103.1 da Constituição espanhola (ora denominada *interesse público em sentido amplo*), recai sobre a Administração o ônus de “alegar, provar e motivar em cada caso a concorrência dessa específica causa do interesse público legitimador, sem que seja suficiente invocar sua posição geral de gestor ordinário desse interesse”.²⁶⁶

No Direito brasileiro, o dever de motivação pode ser deduzido, segundo Romeu Felipe Bacellar Filho, do princípio constitucional da publicidade administrativa, previsto no art. 37, *caput* da CF.²⁶⁷ Demais disso, há uma determinação legal que compele expressamente a Administração Pública a motivar os seus atos quando estes negarem, limitarem ou afetarem direitos ou interesses. É o art. 50, I da Lei Federal nº 9.784/99.²⁶⁸ Como o manejo do conceito de *interesse público em sentido estrito* sempre acabará por negar, limitar ou afetar direitos ou interesses, conclui-se que, na República Federativa do Brasil, sempre que a Administração Pública fundamentar um ato nessa categoria, quando esta se apresentar como um *requisito positivo de validade* da sua atuação, será exigível a apresentação racional dos motivos fáticos e jurídicos que renderam ensejo à prática do ato, sob pena de nulidade.

²⁶⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado... *Op. Cit.*, p. 72.

²⁶⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Idem*, p. 73-74.

²⁶⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 212.

²⁶⁸ Lei Federal nº 9.784/99: “Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses”.

Uma relevante consequência jurídica dessa afirmação está na possibilidade de ulterior controle jurisdicional dos atos administrativos dessa natureza. Incumbe ao agente motivar os seus atos expedidos com fulcro no *interesse público (stricto sensu)*, demonstrando com clareza que os fatos narrados correspondem a esse conceito jurídico, o Poder Judiciário poderá, posteriormente, analisar a correção da decisão administrativa, verificando se aquelas circunstâncias fáticas efetivamente correspondem às exigências do sistema normativo. Trata-se, em última análise, de uma aferição da juridicidade do ato, operada pelos órgãos jurisdicionais. É a posição sustentada, entre outros, por Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, José Luis Meilán Gil, Eduardo García de Enterría, Alejandro Nieto, Fernando Sáinz Moreno, José Manuel Rodríguez Muñoz, Marta Franch i Saguer e Alice Gonzalez Borges.²⁶⁹

Mas como poderão os órgãos jurisdicionais determinar o conteúdo do conceito de *interesse público em sentido estrito*?

4.5 Conteúdo do interesse público em sentido estrito: núcleo e halo

Por se tratar de uma categoria jurídica com contornos vagos e fluidos, o que auxiliará os órgãos jurisdicionais a avaliar se o Poder Público pautou a sua atuação em um efetivo interesse público é o seu *núcleo de certeza positiva*. Isso porque, os conceitos jurídicos indeterminados, por mais imprecisos que possam parecer, possuem um núcleo de certeza positiva, em que se localizam as situações fáticas que incontestavelmente correspondem àquele conceito, um extenso halo (ou auréola) de imprecisão ou de incerteza, e uma zona de certeza negativa, na qual se situam as hipóteses que sem dúvida alguma não se enquadram no conceito.²⁷⁰

Em artigo doutrinário que tem por objeto específico o “interesse geral como conceito jurídico indeterminado”, Eduardo García de Enterría aduz que ao utilizar tais conceitos, as leis definem situações fáticas ou áreas de atuação plenamente identificáveis, muito embora o façam mediante expressões vagas, que terão de ser concretizadas no momento da aplicação da norma.²⁷¹ Ressalta que essa indeterminação lógica do enunciado legal “não se traduz em uma indeterminação absoluta de sua aplicação, que permita qualquer interpretação e a contrária, ou uma invocação meramente caprichosa capaz de legitimar qualquer situação”. E arremata dizendo que, ao contrário, “resulta manifesto que a utilização que a Lei faz desses conceitos aponta inequivocamente a uma

²⁶⁹ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El interés general como categoría central... *Op. Cit.*, p. 113; MEILÁN GIL, José Luis. Intereses generales e interés público... *Op. Cit.*, p. 184; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la Administración...* *Op. Cit.*, p. 246; NIETO, Alejandro. La Administración sirve... *Op. Cit.*, p. 2252; SÁINZ MORENO, Fernando. Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico... *Op. Cit.*, p. 76-77; MUÑOZ, José Manuel Rodríguez. De la noción de interés general... *Op. Cit.*, p. 563; SAGUER, Marta Franch i. El interés público... *Cit.*, p. 406; BORGES, Alice Gonzalez. Interesse público: um conceito a determinar. *Revista de Direito Administrativo*, n. 205, Rio de Janeiro: Renovar, p. 109-116, jul./set. 1996. p. 110.

²⁷⁰ Nesse influxo: CARRÍO, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 5. ed. Buenos Aires: LexisNexis/Abeledo-Perrot, 2006. p. 31-32; SÁINZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, 1976. p. 197; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado... *Op. Cit.*, p. 82; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdiccional*. 2. ed. 8. tir. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 29.

²⁷¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado... *Op. Cit.*, p. 82.

realidade concreta, perfeitamente indicada como determinável”, através da utilização do conceito contrário ou oposto. Esse será o limite da indeterminação, “um limite manifesto e patente, nada impreciso, ambíguo ou vaporoso, um limite decisivo”.²⁷²

Para o referido professor, o interesse público consiste em um conceito altamente indeterminado, de espectro muito amplo, “mas que pode funcionar e funciona (...) para excluir certas atuações e para incluir outras, como um canhão delimitador, (...) que se faz bastante preciso enquanto é questionado em um caso concreto”.²⁷³ Essa determinação concreta do interesse público – isto é, o enquadramento de determinado fato no conceito jurídico de interesse público – dar-se-á mediante uma apreciação de juízos disjuntivos: ou a conduta é de interesse público, ou ela não é. No conceito indeterminado de interesse público haverá um núcleo de certeza positiva, do que inegavelmente é de interesse público, um amplo halo (ou auréola) de imprecisão ou de incerteza, e uma zona de certeza negativa, daquilo que seguramente não se encaixa no conceito.²⁷⁴

Com isso, García de Enterría acolhe a posição de significativa parcela da doutrina alemã segundo a qual o conceito jurídico indeterminado encerra uma única solução justa ou possível. Não significa que tais conceitos correspondam a apenas uma conduta admissível (*v.g.*, não será somente um comportamento singular, entre os infinitos possíveis, que se amoldará ao conceito indeterminado de “boa fé”), mas sim, que aquela situação fática ou se enquadra, ou não se encaixa no conceito.²⁷⁵

Por mais ampla que possa ser a margem de apreciação do conteúdo do conceito, ele sempre estará iluminado e orientado pelo seu núcleo de certeza positiva. Assim, como ensina Fernando Sáinz Moreno, por mais difusos que sejam os limites de um conceito jurídico indeterminado, é a sua essência ou núcleo que proporciona “o critério para conhecer até onde alcançam esses limites, (...) porque o conceito chega até onde ilumina o brilho de seu núcleo”.²⁷⁶

De tais lições se pode deduzir a senda para determinar o conteúdo do interesse público. A identificação concreta do que se ajusta ou não a esse conceito deve tomar em conta, primeiramente, o seu núcleo de certeza positiva.

Como precisa Fernando Sáinz Moreno, o “interesse público como conceito legal apresenta um problema de interpretação jurídica, não de livre decisão”, pois nas situações em que a lei “condiciona uma atividade administrativa ao que, em cada caso, convenha ao interesse público, obriga a Administração a realizar um exame razoado e objetivo daquilo que nesse caso convém ao interesse público”.²⁷⁷ É por isso que, segundo o autor, a aplicação do conceito sob exame demanda “explicar, em termos objetivos, por que se atua assim e não de outra maneira (...); razoamento que tem por finalidade mostrar a coerência entre cada decisão e o ordenamento jurídico”.²⁷⁸

²⁷² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Idem, Ibidem*.

²⁷³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Idem*, p. 72.

²⁷⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Idem*, p. 82.

²⁷⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Idem, Ibidem*.

²⁷⁶ SÁINZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, 1976. p. 197.

²⁷⁷ SÁINZ MORENO, Fernando. Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico... *Op. Cit.*, p. 74.

²⁷⁸ SÁINZ MORENO, Fernando. *Idem, Ibidem*.

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, no mesmo sentido, explica que a dificuldade de definição do interesse público está no fato de se tratar de um conceito que deve concretizar-se na realidade, razão pela qual essa operação de materialização é ordinariamente realizada pela “Administração Pública de maneira objetiva, racional, argumentada, motivada”.²⁷⁹ Dessa maneira, não há problema em haver uma indeterminação na noção de interesse público, justamente porque se faz imprescindível a motivação substancial, por parte da Administração, nos casos em que ele for empregado como fundamento da ação administrativa.

O processo de identificação, no mundo dos fatos, das situações que se encaixam na noção de interesse público nada mais é, portanto, do que um problema de interpretação jurídica.²⁸⁰ E essa interpretação deve ser iluminada pelo brilho do núcleo desse conceito.²⁸¹ No caso do interesse público, essa zona de certeza positiva é composta pelos valores plasmados no Preâmbulo da Constituição,²⁸² bem como pelos seus princípios e objetivos fundamentais,²⁸³ que na Lei Maior brasileira de 1988 estão arrolados no Título I (arts. 1º a 4º da CF²⁸⁴). Ademais, os direitos e garantias fundamentais do cidadão, em qualquer Estado Democrático de Direito, constituirão aquilo que José Luis Meilán Gil chamou de “núcleo irredutível dos interesses gerais”,²⁸⁵ uma vez que embora o conteúdo do conceito de interesse público possa variar diante da dinamicidade social e da alternância no poder, os direitos fundamentais da pessoa constituem a sua parte permanente.²⁸⁶

Logo, apesar da indeterminação do conceito de interesse público, ele pode ser determinado no caso concreto pelo Poder Público, e para identificá-lo o agente

²⁷⁹ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El interés general como categoría central... *Op. Cit.*, p. 112.

²⁸⁰ SÁINZ MORENO, Fernando. Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico... *Op. Cit.*, p. 76-77.

²⁸¹ SÁINZ MORENO, Fernando. Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa... *Op. Cit.*, p. 197.

²⁸² Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Preâmbulo: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.

²⁸³ ESCOLA, Héctor Jorge. *Op. Cit.*, p. 255.

²⁸⁴ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. 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. Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I - independência nacional; II - prevalência dos direitos humanos; III - autodeterminação dos povos; IV - não intervenção; V - igualdade entre os Estados; VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político. Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”.

²⁸⁵ MEILÁN GIL, José Luis. Intereses generales e interés público... *Op. Cit.*, p. 180 e 196.

²⁸⁶ MEILÁN GIL, José Luis. O interesse público e o Direito Administrativo global... *Op. Cit.*, p. 102.

deverá interpretar as circunstâncias fáticas à luz dos elementos acima referidos, que se acomodam no núcleo de certeza positiva dessa categoria jurídica.

4.6 Espécie de interesse englobado: o interesse geral

Aquilo que, neste trabalho, convencionou-se nomear de *interesse público em sentido estrito*, consiste no interesse titularizado pela sociedade, vale dizer, por todos os indivíduos indistintamente. Trata-se do que se propõe a denominar “*interesse geral*”.

Levando em conta a classificação adotada neste estudo, o conceito de *interesse público em sentido amplo* é formado pelos interesses que o ordenamento jurídico protege na forma de *direitos subjetivos* ou *interesses legítimos*, os quais podem apresentar caráter *individual* (quando forem de titularidade de um indivíduo singularmente considerado), *coletivo* (de titularidade de um “grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”²⁸⁷) ou *difuso* (“de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”²⁸⁸).

A categoria do *interesse público em sentido estrito* abrange, portanto, somente aquilo que se propõe a rotular de *interesse geral* (da coletividade em si mesma considerada), distinguindo-se dos *interesses específicos (individuais e coletivos)* protegidos pelo ordenamento.²⁸⁹

A identificação desse interesse, viu-se, compete aos órgãos e agentes públicos, nas hipóteses em que uma norma jurídica (constitucional, legal ou regulamentar) lhes conferir essa incumbência, seja na forma de “interesse público como conceito legal”, seja por meio da atribuição de uma competência discricionária. Em tais situações, será preciso que, no caso concreto, o Poder Público se depare com a existência de um interesse público especial, qualificado, que justificará o manejo de uma prerrogativa de autoridade para fazer predominar o *interesse geral* sobre os *interesses específicos (individuais ou coletivos)* que, embora resguardados pelo sistema normativo, deverão ceder passo ao primeiro. A existência desse interesse público reforçado na realidade fática constituirá uma *condição positiva de validade* da ação estatal, de modo que a sua ausência acarretará nulidade do ato, sujeitando-o ao controle jurisdicional.

O manejo das prerrogativas públicas não permite, contudo, que o Estado faça o *interesse geral* prevalecer sobre os *interesses individuais e coletivos* juridicamente protegidos

²⁸⁷ Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal nº 8.078/90): “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: (...) II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.

²⁸⁸ Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal nº 8.078/90): “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: (...) I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

²⁸⁹ Conquanto não estabeleça uma distinção entre *interesse público em sentido amplo* e *interesse público em sentido estrito*, Fábio Medina Osório também inclui no conceito de interesse público a proteção de interesses coletivos, difusos e individuais. Cf.: OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo brasileiro? *Revista de Direito Administrativo*, n. 220, Rio de Janeiro: Renovar, p. 69-107, abr./jun. 2000. p. 74, nota de rodapé nº 7.

em todas as vezes que houver choque entre eles. Tal prevalência dependerá das circunstâncias do caso concreto, uma vez que ambos os interesses em jogo encontram respaldo normativo. E mais: ela não implicará o aniquilamento dos *interesses individuais* ou *coletivos* que tiverem cedido passo ao *interesse geral*, mas tão somente a sua restrição ou afastamento naquela determinada ocasião.

Um exemplo pode aclarar o que se está afirmando. A prerrogativa da Administração Pública de realizar uma desapropriação por utilidade pública é prevista pela Constituição em seu art. 5º, XXIV,²⁹⁰ e pelo art. 2º do Decreto-Lei nº 3.365/41.²⁹¹ Com fulcro nessa competência legalmente instituída, o Poder Público recebe do sistema normativo uma autorização jurídica para identificar, no caso concreto, quais situações configuram *interesse público em sentido estrito* (“utilidade pública”), isto é, um interesse da coletividade (*interesse geral*) que justifique a sua prevalência sobre os *interesses específicos (individuais ou coletivos)* que com ele se contraponham, permitindo-o excluir do particular o seu direito de propriedade, mediante o pagamento de justa indenização.

Portanto, em face de uma situação dessa natureza, em que o interesse da coletividade exija a desapropriação, a Administração, obedecendo à ordem *prima facie* que lhe estabelece o dever de realizar o *interesse geral* em sua máxima medida, consoante as possibilidades fáticas e jurídicas existentes, garantirá a primazia desse sobre os *interesses individuais ou coletivos* dos proprietários. Ocorre que as circunstâncias do caso concreto podem inverter essa relação de prevalência. Uma ilustração disso é o aresto *Société civile Sainte-Marie de l'Assomption*, julgado pelo Conselho de Estado francês.

Na oportunidade, o *Conseil d'État* examinou uma ocasião na qual, conquanto existisse uma utilidade pública que justificasse a desapropriação (interesse de circulação pública), a sua realização ensejaria demasiados transtornos ao único hospital psiquiátrico da região, situado na área que sofreria a expropriação.²⁹² Ainda que o *interesse geral*, da coletividade em si mesma considerada, reclamasse a desapropriação, na ponderação com o *interesse coletivo* dos pacientes do hospital este último predominou, culminando na anulação do ato expropriatório. Note-se que ambos os interesses encontravam-se agasalhados no ordenamento jurídico (e, por isso, configuravam *interesse público em sentido amplo*), fato que justificou a ponderação entre eles e a determinação, no caso concreto, da primazia do segundo.

5 Conclusões

Em face de todo o exposto, conclui-se pela necessidade de se distinguir de forma clara e precisa as duas noções jurídicas distintas da categoria “interesse público” que convivem no Direito Administrativo. Precisar tecnicamente cada um desses conceitos consiste em uma forma de evitar confusões no momento da aplicação dos institutos jurídicos que dele lançam mão.

²⁹⁰ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Art. 5º. (...) XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”.

²⁹¹ Decreto-Lei nº 3.365/41: “Art. 2º. Mediante declaração de utilidade pública, todos os bens poderão ser desapropriados pela União, pelos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios”.

²⁹² FRANÇA. *Conseil d'État. Arrêt Société civile Sainte-Marie de l'Assomption*, le 20 octobre 1972. A respeito do julgado, ver TRUCHET, Didier. Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État... *Op. Cit.*, p. 131.

Conforme a proposta aqui apresentada, há duas concepções distintas de “interesse público”. A expressão poderá ser empregada em um *sentido amplo*, ou em um *sentido estrito*.

Resumidamente, do conceito de *interesse público em sentido amplo* se denotam as seguintes inferências:

- a) ele engloba todos os *interesses juridicamente protegidos*, na forma de *direitos subjetivos* ou de *interesses legítimos*, permanecendo excluídos de suas fronteiras os *interesses puros e simples* e os *interesses ilícitos*, que configuram *interesses privados*;
- b) nele estão incluídos o *interesse geral* (da coletividade em si mesma considerada) e os *interesses específicos (individuais e coletivos)* tutelados pelo ordenamento jurídico;
- c) é definido mediante um processo de elaboração normativa: (i) primeiramente pelo constituinte, que fixa seus parâmetros essenciais ao proteger os valores mais fundamentais da sociedade; (ii) num segundo momento pelo legislador ordinário, que através da deliberação democrática qualifica como públicos determinados interesses, em consonância com os objetivos jurídico-políticos previamente estabelecidos pela Constituição; (iii) quando for o caso, pelo Poder Executivo, mediante o exercício da função regulamentar, nas hipóteses e nos limites do que dispõem as normas legais e constitucionais;
- d) para sua satisfação, não basta que a atividade administrativa fundamente-se em um comando jurídico: é preciso que essa atuação esteja em conformidade com a *finalidade* subjacente à norma, que justifica a atribuição de competência para a prática do ato, sob pena de anulação através da técnica do *desvio de poder*;
- e) constitui uma *condição negativa de validade* dos atos administrativos, vinculados ou discricionários, pois proíbe que a Administração Pública aja em desconformidade com ele, abrindo ensejo, em tal situação, ao controle da atividade administrativa.

Por sua vez, de maneira abreviada, pode-se atestar que o *interesse público em sentido estrito*:

- a) diz respeito ao interesse da coletividade em si mesma considerada (*interesse geral*), que pode, no caso concreto, prevalecer sobre *interesses específicos (individuais e coletivos)* igualmente protegidos pelo ordenamento jurídico, nos termos definidos pelo Direito positivo;
- b) deve ser identificado concretamente pelo Poder Público, nas hipóteses em que a norma jurídica exigir um interesse público qualificado para habilitar a sua atuação, através das seguintes formas: (i) *explicitamente*, quando se tratar de “interesse público como conceito legal” (utilização da expressão “interesse público” ou análogas pelo enunciado normativo); (ii) *implicitamente*, mediante a atribuição de uma competência discricionária;
- c) quando utilizado para embasar juridicamente a ação administrativa, impõe a motivação expressa do ato administrativo, com a exposição dos fatos e fundamentos jurídicos que ensejaram a sua prática, ficando o ato submetido a posterior controle jurisdicional para verificar a existência efetiva do interesse público;

- d) funciona como uma *condição positiva de validade* da atividade estatal, pois exige que haja um interesse público especial para autorizar a Administração Pública a manejar determinadas prerrogativas, sem o qual a prática do ato não estará permitida.

Referências

- ALESSI, Renato. *Principi di Diritto Amministrativo*. t. I: I soggetti attivi e l'esplicazione della funzione amministrativa. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1978.
- ALFONSO, Luciano Parejo. *Derecho Administrativo*. Instituciones generales: bases, fuentes, organización y sujetos, actividad y control. Barcelona: Ariel, 2003.
- AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. v. II. Coimbra: Almedina, 2001.
- AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. v. II. Coimbra: Almedina, 2001.
- ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: Daniel Sarmiento (Org.). *Interesses públicos versus intereses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no Direito Administrativo brasileiro. In: _____; Daniel Wunder Hachem (Coords.). *Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Poderes da República e sua relação no ordenamento jurídico brasileiro. In: *XXIII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Conferência de abertura proferida em 21.10.2009. Florianópolis: Instituto Brasileiro de Direito Administrativo, 2009.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: Daniel Sarmiento (Org.). *Interesses públicos versus intereses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BASSI, Franco. Brevi note sulla nozione di interesse pubblico. In: Università di Venezia. *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*. v. I. Modena: Mucchi, 1996.
- BEDENDI, Luis Felipe Ferrari. Ainda existe o conceito de mérito do ato administrativo como limite ao controle jurisdicional dos atos praticados pela Administração? In: Maria Sylvia Zanella Di Pietro; Carlos Vinícius Alves Ribeiro (Coords.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BORGES, Alice Gonzalez. Interesse público: um conceito a determinar. *Revista de Direito Administrativo*, n. 205, Rio de Janeiro: Renovar, p. 109-116, jul./set. 1996.
- BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? *Interesse Público*, n. 37, Porto Alegre: Notadez, p. 29-48, maio/jun., 2006.
- BRITO, Mariano R. Principio de legalidad e interés público en el derecho positivo uruguayo. In: _____. *Derecho Administrativo: su permanencia – contemporaneidad – prospectiva*. Montevideo: Universidad de Montevideo, 2004.
- CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 5. ed. Buenos Aires: LexisNexis/Abeledo-Perrot, 2006.
- CARVALHO, Paulo Neves de. *Da revogação no direito administrativo*. Belo Horizonte: Estabelecimentos Gráficos Santa Maria, 1951.
- CASSESE, Sabino. *Las bases del Derecho Administrativo*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1994.
- CHEVALLIER, Jacques. Le concept d'intérêt en science administrative. In: Philippe Gérard; François Ost; Michel van de Kerchove (Dir.). *Droit et intérêt*. v. 1. Bruxelles: Facultés Universitaires Sanit-Louis, 1990.

- CHEVALLIER, Jacques. Reflexions sur l'idéologie de l'intérêt général. In: Centre Universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie. *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*. v. 1. Paris: PUF, 1978.
- CLAMOUR, Guylain. *Intérêt général et concurrence: essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*. Paris: Dalloz, 2006.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória). In: Carlos Henrique de Carvalho Filho (Org.). *Uma vida dedicada ao Direito. Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*. O editor dos juristas. São Paulo: RT, 1995.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: RT, 1993.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo*. São Paulo: Acadêmica, 1988.
- CORES, Carlos Andrés de; CAL, Juan Manuel. El concepto de interés público y su incidencia en la contratación administrativa. *Revista de Derecho*, n. 11, Montevideo: Universidad de Montevideo – Facultad de Derecho, p. 131-140, ene./jun. 2007.
- D'ARGENIO, Inés. La ideología estatal del interés general en el Derecho Administrativo. *Derecho Administrativo: Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*, n. 59, Buenos Aires: LexisNexis, p. 67-111, ene./mar. 2007.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público. *Interesse Público*, n. 56, Belo Horizonte: Fórum, p. 35-54, jul./ago. 2009.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coords.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.
- ESCOLA, Héctor Jorge. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989.
- ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o Direito Privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2009.
- FRANÇA. *Conseil d'État. Arrêt Société civile Sainte-Marie de l'Assomption*, le 20 octobre 1972.
- FROTA, Hidemberg Alves da. O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado no direito positivo comparado: expressão do interesse geral da sociedade e da soberania popular. *Revista de Direito Administrativo*, n. 239, Rio de Janeiro: Renovar, p. 45-65, jan./mar. 2005.
- GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.
- GALEANO, Juan José. El principio de juridicidad. Noción, fundamento y caracteres. Su recepción en la jurisprudencia administrativa y judicial. In: Julio Pablo Comadira; Miriam M. Ivanega (Coords.). *Derecho Administrativo: Libro en homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la Administración*. 5. ed. reimp. Madrid: Thomson-Civitas, 2005.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado. *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 89, Madrid: Civitas, p. 69-89, ene./mar. 1996.
- GAUTIER, Philippe. Quelques considérations sur l'intérêt privé et l'intérêt public dans un ordre juridique sans maître. In: Philippe Gérard; François Ost; Michel van de Kerchove (Dirs.). *Droit et intérêt*. v. 3. Bruxelles: Facultés Universitaires Sanit-Louis, 1990.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. La suspensión de ejecución del acto objeto de recurso contencioso-administrativo. *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 5, Madrid: Civitas, p. 248-255, abr./jun. 1975.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. t. 1: Parte General. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003.

- HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Curitiba, 2011. 420 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “personalização” do Direito Administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 26, São Paulo: Malheiros, p. 115-136, 1999.
- KLOSS, Eduardo Soto. *Derecho Administrativo. Bases fundamentales*. t. II: El principio de juridicidad. Santiago: Jurídica de Chile, 1996.
- LINOTTE, Didier. *Recherches sur la notion d'intérêt général en Droit Administratif Français*. Bordeaux: [s.n.], 1975.
- MARTÍNEZ, Augusto Durán. Derechos prestacionales e interés público. In: Romeu Felipe Bacellar Filho; Guilherme Amintas Pazinato da Silva (Coords.). *Direito Administrativo e Integração Regional: Anais do V Congresso de Direito Público do Mercosul e do X Congresso Paranaense de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: RT, 2002.
- MATHIEU, Bertrand; VERPEAUX, Michel (Dirs.). *Intérêt général, norme constitutionnelle*. Paris: Dalloz, 2007.
- MEILÁN GIL, José Luis. Intereses generales e interés público desde la perspectiva del derecho público español. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, n. 40, Belo Horizonte: Fórum, p. 171-198, abr./jun. 2010.
- GIL, José Luis. O interesse público e o Direito Administrativo global. In: Romeu Felipe Bacellar Filho; Guilherme Amintas Pazinato da Silva (Coords.). *Direito Administrativo e Integração Regional: Anais do V Congresso de Direito Público do Mercosul e do X Congresso Paranaense de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de interesse público. In: _____. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. 8. tir. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Proteção jurisdicional dos interesses legítimos no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, n. 176, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, p. 9-14, abr./jun. 1989.
- MERLAND, Guillaume. *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*. Paris: LGDJ, 2004.
- MERLAND, Guillaume. L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. In: Bertrand Mathieu; Michel Verpeaux (Dirs.). *Intérêt général, norme constitutionnelle*. Paris: Dalloz, 2007.
- MORENA, Luis de la Morena y de la. Derecho Administrativo e interés público: correlaciones básicas. *Revista de Administración Pública*, n. 100-102, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 847-880, ene./dic. 1983.
- MUÑOZ, José Manuel Rodríguez. De la noción de interés general como faro y guía de la Administración, y como proemio a la Sección “Cuestiones de la acción pública en Extremadura” de esta revista. *Revista de Derecho de Extremadura*, nº 6, Cáceres: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales de Extremadura, p. 557-565, set./dic. 2009.
- MUÑOZ, Guillermo Andrés. El interés público es como el amor. In: Romeu Felipe Bacellar Filho; Daniel Wunder Hachem (Coords.). *Direito Administrativo e Interesse Público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- NIETO, Alejandro. La Administración sirve con objetividad los intereses generales. In: Sebastián Martín-Retortillo Baquer (Coord.). *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. v. 3. Madrid: Civitas, 1991.
- OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo brasileiro? *Revista de Direito Administrativo*, n. 220, Rio de Janeiro: Renovar, p. 69-107, abr./jun. 2000.
- OST, François. Entre droit et non-droit: l'intérêt. Essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé. In: Philippe Gérard; François Ost; Michel van de Kerchove (Dirs.). *Droit et intérêt*. v. 2. Bruxelles: Facultés Universitaires Sanit-Louis, 1990.

- RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Princípios da Administração Pública: a supremacia do interesse público sobre o interesse particular. *Gênesis: Revista de Direito Administrativo Aplicado*, n. 10, Curitiba: Gênesis, p. 676-687, jul./set. 1996.
- RANGEON, François. *L'idéologie de l'intérêt général*. Paris: Economica, 1986.
- REY, Alejandro. El interés general. Argumento para limitar derechos individuales. *Revista de Derecho*, n. 13, Montevideo: Universidad de Montevideo – Facultad de Derecho, p. 177-187, ene./jun. 2008.
- RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1982.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El interés general como categoría central de la actuación de las Administraciones Públicas. In: Romeu Felipe Bacellar Filho; Guilherme Amintas Pazinato da Silva (Coords.). *Direito Administrativo e Integração Regional: Anais do V Congresso de Direito Público do Mercosul e do X Congresso Paranaense de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *La suspensión del acto administrativo (en vía de recurso)*. Madrid: Montecorvo, 1986.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Las medidas cautelares en la jurisdicción contenciosa-administrativa en España. In: David Cienfuegos Salgado; Miguel Alejandro López Olvera (Coords.). *Estudios en homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz*. Derecho procesal. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.
- SAGUER, Marta Franch i. El interés público: la ética pública del Derecho Administrativo. In: Jorge Fernández Ruiz (Coord.). *Derecho Administrativo: Memorias del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. México: Universidad Nacional Autónoma del México, 2005.
- SAINT-BONNET, François. L'intérêt général dans l'ancien droit constitutionnelle. In: Bertrand Mathieu; Michel Verpeaux (Dirs.). *Intérêt général, norme constitutionnelle*. Paris: Dalloz, 2007.
- SÁINZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, 1976.
- SÁINZ MORENO, Fernando. Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico. *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 8, Madrid: Civitas, p. 63-94, ene./mar. 1976.
- SÁINZ MORENO, Fernando. Sobre el interés público y la legalidad administrativa. *Revista de Administración Pública*, n. 82, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 439-454, ene./abr. 1977.
- SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais eleitorais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: _____ (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- SESÍN, Domingo Juan. *Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica: Nuevos mecanismos de control judicial*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 2004.
- SIMON, Denys. L'intérêt général vu par les droits européens. In: Bertrand Mathieu; Michel Verpeaux (Dirs.). *Intérêt général, norme constitutionnelle*. Paris: Dalloz, 2007.
- SOARES, Rogério Ehrhardt. *Interesse público, legalidade e mérito*. Coimbra: [s.n.], 1955.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Interesse público em sentido mínimo e em sentido forte: o problema da vigilância epidemiológica frente aos direitos constitucionais. *Interesse Público*, n. 28, Porto Alegre: Notadez, p. 29-42, nov./dez. 2004.
- TALAMINI, Daniele Coutinho. *Revogação do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- TRUCHET, Didier. *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*. Paris: LGDJ, 1977.
- VEDEL, Georges; DÉVOLVÉ, Pierre. *Droit Administratif*. t. I. 12. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1992.

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

HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em Direito Administrativo. *In: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). Problemas emergentes da Administração Pública. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 47-86.

TÁXI

DINORÁ ADELAIDE MUSETTI GROTTI

1 Introdução

A Lei nº 12.587/2012, publicada no Diário Oficial da União em 04.01.2012, que vigora desde abril de 2012, tem fundamental relevância no cenário político-jurídico nacional, ao trazer importantes contribuições para a sistematização das ações, com destaque ao planejamento e à gestão, à repartição de competências e a obrigações entre os entes federados, e traçar princípios, diretrizes e objetivos da Política Nacional de Mobilidade Urbana.

Referido diploma legal foi instituído para melhorar a acessibilidade e o deslocamento de pessoas e cargas no seio das cidades e a integração entre os diferentes modos de transporte, fatores necessários ao desenvolvimento urbano, matéria de competência da União para instituir suas diretrizes (art. 21, XX, CF/88), com significativa participação dos Municípios, aos quais cabe organizar e regular, bem assim prestar os serviços de transporte urbano, nos termos dos artigos 30, incisos I e V e 182 da Lei Maior Magno.²⁹³

A Política Nacional de Mobilidade Urbana (art. 24, §1º) passou a exigir que os municípios com população acima de 20 mil habitantes, além de outros, elaborem e apresentem plano de mobilidade urbana, com a intenção de planejar o crescimento das cidades de forma ordenada. A Lei determina que estes planos priorizem o modo de transporte não motorizado e os serviços de transporte público coletivo.

²⁹³ Art. 30. Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local; V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial; Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. §1º - O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

O momento mostra-se propício para refletirmos sobre a matéria em seus variados aspectos e abordarmos um tema extremamente complexo: serviços públicos e serviços privados de transporte, com enfoque especial nos artigos 11 e 12 da Lei nº 12.587/2012 (arts. 12 e 12-A, com a redação da Lei nº 12.865/13).

2 Os serviços de transporte privado coletivo

A Lei da Política Nacional de Mobilidade Urbana classifica os serviços de transporte quanto aos seguintes itens: objeto – *de passageiros ou de cargas*; característica do serviço – *coletivo ou individual*; natureza do serviço – *público ou privado* (art. 3º, §2º, Lei nº 12.587/12)“.

Nos termos de seu art. 11 “os serviços de transporte privado coletivo, prestados entre pessoas físicas ou jurídicas, deverão ser autorizados, disciplinados e fiscalizados pelo poder público competente, com base nos princípios e diretrizes desta Lei”.

O inc. VII do art. 4º define transporte privado coletivo como “um serviço de transporte de passageiros não aberto ao público para a realização de viagens com características operacionais exclusivas para cada linha e demanda”. É o caso, por exemplo, do transporte fretado.

“O transporte fretado de passageiros é uma atividade econômica realizada no âmbito privado na qual um transportador é contratado para conduzir um grupo certo de pessoas de um local a outro, pelo preço ajustado e no horário determinado nessa avença”.²⁹⁴

Eduardo Vasconcelos aponta três tipos de serviços fretados: i) *contínuo*: caso em que o ônibus transporta regularmente os empregados do cliente; ii) *eventual*: quando o serviço é contratado para um deslocamento eventual (caso de festas, passeios, treinamento de funcionários, turismo); iii) *escolar*: quando o serviço se limita ao transporte de estudantes, de forma contínua. Embora constante nos regulamentos, os serviços de fretamento e de transporte de escolares têm características e formas de operação distintas.²⁹⁵

O transporte de passageiros por fretamento desempenha um papel relevante na mobilidade das pessoas por razões de trabalho, de educação ou de lazer. Constitui, ademais, uma alternativa ao uso do automóvel ou da motocicleta, uma vez que acarreta menor consumo de espaço viário e menor emissão de poluentes, colaborando para a redução dos níveis de congestionamento.

O argumento prevaemente para restringir o uso do transporte por fretamento é a constatação, com frequência, de estacionamento dos veículos de forma irregular ou errônea, atravancando o trânsito. Isto de fato ocorre quando não há uma disciplina adequada. Decorre desta crítica a proposta de limitar a circulação dos ônibus de fretamento também nos corredores principais, mesmo nas faixas exclusivas de ônibus.

²⁹⁴ Geraldo Spagno Guimarães. *Comentários à Lei de Mobilidade Urbana*. Belo Horizonte: Fórum. 2012. p. 119-120.

²⁹⁵ Eduardo A. Vasconcelos. Os serviços de transporte de passageiros por fretamento. In: *Transporte por fretamento*. Série Cadernos Técnicos, v. 9, p. 26-45, nov. 2012. p. 27.

O artigo 11 veio regular especialmente o que já era feito por Estados e Municípios com os chamados “fretamentos”, sem a diretriz fixada pelo dispositivo.²⁹⁶

Esse transporte deve ser autorizado, ou seja, o consentimento estatal se formaliza por autorização - estabelecida como ato administrativo unilateral de tutela e vigilância da atividade do particular - sendo, também, disciplinado e fiscalizado pelo poder público competente. Em relação a tal serviço, o Poder Público exerce apenas poder de polícia por meio de atos normativos, fiscalizatórios, preventivos e repressivos, norteado pelos princípios do artigo 5º e pelas diretrizes do artigo 6º do mencionado diploma legal de regência da matéria.

Apesar de alguns Municípios definirem o transporte escolar como um serviço público,²⁹⁷ o referido transporte é um serviço privado, tendo em conta que não se apresenta como fruição ao público de acordo com o princípio da generalidade, pois pode escolher com quem e com quantos contrata, não se submete rigorosamente ao princípio da continuidade, na medida em que o transportador escolar pode encerrar suas atividades a qualquer tempo, sujeito apenas às sanções previstas em contrato firmado com o cliente. Não tem preço tarifado, não se lhe aplicando o princípio da modicidade.²⁹⁸

O serviço de transporte escolar é um serviço privado, submetido aos artigos 730 a 742 do Código Civil Brasileiro, bem como aos regramentos, organização e sanção do poder público local ou regional, de acordo com as orientações normativas aplicáveis. A autorização do órgão ou da entidade de trânsito estadual deflui do estabelecido nos artigos 136 a 138 do Código de Trânsito Brasileiro. A submissão ao poder municipal se deve ao fato de que este é um assunto de interesse local (art. 30, I da CF/88), mas também, nos termos da previsão do artigo 139 do Código de Trânsito Brasileiro.

No julgamento do REsp nº 1.041.836-DF, T.2, rel. Min. Humberto Martins, j. 11-11-2008, Dje 02-10-2008, o STJ, por unanimidade, fixou entendimento no sentido da impossibilidade de classificação da atividade de transporte escolar como transporte público de passageiros, segundo o conceito emergente das normas e da doutrina administrativas, por faltar-lhe a submissão aos princípios norteadores do Direito Público, dentre os quais inserem-se a universalidade, a impessoalidade, a continuidade e a modicidade de tarifas. Na mesma trilha, encontram-se julgados dos Tribunais de Justiça.²⁹⁹

3 Os serviços de transporte individual de passageiros

O inc. VIII do art. 4º define transporte público individual como “serviço remunerado de transporte de passageiros aberto ao público, por intermédio de veículos de aluguel, para a realização de viagens individualizadas”.

Segundo Geraldo Spagno Guimarães, o que distingue o transporte individual de passageiros do transporte coletivo “não é o número de passageiros, mas justamente o fato de a viagem ser individualizada, isso porque trata-se de serviço

²⁹⁶ Geraldo Spagno Guimarães. *Comentários à Lei de Mobilidade Urbana*. Belo Horizonte: Fórum. 2012. p.179.

²⁹⁷ Cite-se, a título de exemplo, as Leis nº 5.298/2010 do Município de Varginha (MG) e 768/1998 do Município de Palmas (TO).

²⁹⁸ Geraldo Spagno Guimarães. *Comentários à Lei de Mobilidade Urbana*. Belo Horizonte: Fórum. 2012. p.119.

²⁹⁹ TJ-PR-AI 4398534, rel. Des. Marcos Moura. j. 26-02-2008; TJ-RS, Ap. 70054673637/Porto Alegre, 1ª Câmara Cível, rel. Des. Irineu Mariani, v.u., j. 03-09-2014.

específico, aleatório, personalizado, sem itinerário ou rota predefinidos.³⁰⁰ O transporte coletivo é serviço público não apenas porque a lei afirma, mas porque suas características evidenciam uma prestação pública de atendimento contínuo à coletividade e de caráter essencial, e que, por isso mesmo, impõe obediência ao princípio da modicidade”.³⁰¹

Em sua redação original, o artigo 12 da Lei nº 12.587/2014 dispunha: “Os serviços públicos de transporte individual de passageiros, prestados sob permissão, deverão ser organizados, disciplinados e fiscalizados pelo poder público municipal, com base nos requisitos mínimos de segurança, de conforto, de higiene, de qualidade dos serviços e de fixação prévia dos valores máximos das tarifas a serem cobradas”.

Três observações se extraem desse dispositivo: i) a Lei considerou o transporte individual de passageiros (táxi e similares) serviço público, e não atividade privada; ii) estabeleceu que essa atividade é explorada por meio de permissão e, como tal, sujeita a prévio procedimento licitatório, conforme prescreve o artigo 175 da Constituição da República para seleção dos delegatários; iii) o preço do serviço constitui tarifa, realizável pelo preço público.

Em 2013, foi editada a Lei nº 12.865, a qual deu nova redação ao art. 12 da Lei de Mobilidade, nela inserindo o art. 12-A.

Referido diploma legal, resultado da conversão da Medida Provisória nº 615, de 17 de maio de 2013, trata, em texto único, de objetos sem afinidade, pertinência ou conexão, em um verdadeiro despropósito regulatório, ou seja, cuidou, a um só tempo, de taxas de juros de canaviais, títulos da dívida pública mobiliária, operações de crédito rural, atendimento à mulher em situação de violência, quiosques, feiras e bancas de jornal e revista, alteração da incidência tributária na produção e na comercialização da soja, competências do Banco Central, trânsito e transporte, dentre outros, ao arrepio da técnica legislativa determinada pelo art. 7º, I e II da LC nº 95/1998³⁰² (que regulamenta o parágrafo único do art. 59 da CF/88).

Diversos temas que não faziam parte do texto original foram incluídos na Medida Provisória,³⁰³ inclusive, por sugestão do senador Gim Argello (PTB-DF), o correspondente ao art. 27, que alterou a redação do art. 12 da Lei Federal nº 12.587/12 (Lei da Política Nacional de Mobilidade Urbana), que preceitua:

Art. 12. Os serviços de utilidade pública de transporte individual de passageiros deverão ser organizados, disciplinados e fiscalizados pelo poder público municipal, com base nos requisitos mínimos de segurança, de conforto, de higiene, de qualidade dos serviços e de fixação prévia dos valores máximos das tarifas a serem cobradas. (redação dada pela Lei nº 12.865, de 2013)

³⁰⁰ Nesse sentido, o RMS nº 21.922 GO, no qual o STJ distinguiu expressamente o táxi como transporte individual de passageiros, rejeitando a aplicação de normas do transporte coletivo a esse tipo de prestação.

³⁰¹ Geraldo Spagno Guimarães. *Comentários à Lei de Mobilidade Urbana*. Belo Horizonte: Fórum. 2012. p. 183.

³⁰² LC 95/1998- Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona- Art. 7º - O primeiro artigo do texto indicará o objeto da lei e o respectivo âmbito de aplicação, observados os seguintes princípios: I - excetuadas as codificações, cada lei tratará de um único objeto; II - a lei não conterá matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão.

³⁰³ A Medida Provisória nº 615 recebeu cento e quatro emendas na Comissão Mista do Congresso e outras duas em Plenário.

Art. 12-A. O direito à exploração de serviços de táxi poderá ser outorgado a qualquer interessado que satisfaça os requisitos exigidos pelo poder público local (incluído pela Lei nº 12.865, de 2013).

§1º É permitida a transferência da outorga a terceiros que atendam aos requisitos exigidos em legislação municipal (incluído pela Lei nº 12.865, de 2013).

§2º Em caso de falecimento do outorgado, o direito à exploração do serviço será transferido a seus sucessores legítimos, nos termos dos arts. 1.829 e seguintes do Título II do Livro V da Parte Especial da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil) (incluído pela Lei nº 12.865, de 2013).

§3º As transferências de que tratam os §§1º e 2º dar-se-ão pelo prazo da outorga e são condicionadas à prévia anuência do poder público municipal e ao atendimento dos requisitos fixados para a outorga (incluído pela Lei nº 12.865, de 2013).

3.1 A natureza do serviço

Pela nova redação do artigo 12, o serviço individual de passageiros, o táxi, passa a ser qualificado como um serviço de utilidade pública e não mais como serviço público.

A Constituição Federal de 1988 considera o transporte coletivo como um serviço público essencial (art. 30, V), prescrevendo a sua prestação diretamente pelo Município ou pelo regime jurídico da concessão ou da permissão, através de licitação, “não se podendo, como é óbvio, considerar casual a explícita menção a “coletivo”. Nisto, a toda evidência, ficou implícito, mas transparente, o propósito de excluir o transporte individual de passageiros da categorização de serviço público”.³⁰⁴

O STF já disse que o transporte coletivo de passageiros é serviço público (RE nº 140.989/RJ), mas, o transporte individual não era reconhecido como tal, senão como serviço de utilidade pública, próprio do exercício da livre iniciativa, razão pela qual o Estado não deve titularizá-lo, embora deva submetê-lo a disciplina estatal reguladora, por apresentarem reconhecido interesse para toda a coletividade.

Expressiva corrente doutrinária afirma que táxi é atividade privada sujeita a controles estatais, mas não é serviço público, ainda que a lei assim o defina (Hely Lopes Meirelles,³⁰⁵ José dos Santos Carvalho Filho,³⁰⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello,³⁰⁷ Geraldo Spagno Guimarães,³⁰⁸ Marçal Justen Filho,³⁰⁹ Alexandre Santos de Aragão,³¹⁰ Maria Sylvia Zanella Di Pietro³¹¹).

³⁰⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello. Serviços públicos e serviços de utilidade pública. Caracterização dos serviços de táxi. Ausência de precariedade na titulação para prestá-lo e desvio de poder legislativo. In: Celso Antônio Bandeira de Mello. *Pareceres de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 212-227, p.217.

³⁰⁵ *Direito Administrativo brasileiro*. 38. ed. São Paulo: Malheiros. 2012. p. 457.

³⁰⁶ *Manual de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 468-469.

³⁰⁷ Serviços públicos e serviços de utilidade pública. Caracterização dos serviços de táxi. Ausência de precariedade na titulação para prestá-lo e desvio de Poder Legislativo. In: Celso Antônio Bandeira de Mello. *Pareceres de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 212-227, p.227.

³⁰⁸ *Comentários à Lei de Mobilidade Urbana*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 181-185.

³⁰⁹ *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2015. p. 849.

³¹⁰ Atividades privadas regulamentadas: autorização administrativa, poder de polícia e regulação. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, n. 10, p. 9-48, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PGI0006.aspx?pdCntd=30039>>. Acesso em: 11 set. 2014.

³¹¹ *Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 148-149.

Celso Antônio Bandeira de Mello concluiu em parecer que a exploração de táxi não é serviço público, mas atividade econômica sujeita à polícia administrativa, regida pelos princípios da atividade econômica e que não se categorizam os taxistas como permissionários.³¹²

De maneira geral, a jurisprudência caminhou no sentido de reconhecer a prestação do serviço de táxis como serviço público.³¹³

Algumas leis municipais instituem o transporte individual por táxi como serviço público³¹⁴ e outras como atividade de interesse público.³¹⁵ A exploração do serviço de transporte de passageiros por táxi no Brasil, não foi devidamente disciplinada pelos Municípios para a “aquisição das placas”, quer quanto à natureza da atividade, quanto ao procedimento para a escolha, à fixação de prazo de vigência ou ao termo formal utilizado para o trespasse por permissão, autorização ou simples licença.³¹⁶

A forma como a atividade de taxista vinha sendo exercida acarretou desvirtuações quanto ao tratamento conferido à matéria, levando à equivocada conclusão de que o ato expedido pela Administração consistia em uma “propriedade”, passível de transferência *inter vivos* ou *causa mortis*. Em face dessa visão distorcida, houve o aparecimento do lucrativo mercado de comercialização, através de transferências irregulares entre os particulares, e a exploração dos profissionais que não são detentores dos títulos e prestam o serviço como condutores auxiliares, pagando diárias extorsivas pelo aluguel das “placas de táxi”.

Diante desse cenário, o Ministério Público tem acionado os Poderes Executivos locais, compelindo-os a realizar licitações para a delegação dos serviços em referência. Por meio dessas ações, almeja-se, além de melhorar a prestação do serviço com o aumento da oferta, conferir função social à exploração do serviço, tornando possível aos milhares de condutores auxiliares o exercício de sua profissão, sem a necessidade de intermediários e de sujeição ao pagamento de diárias.

³¹² Celso Antônio Bandeira de Mello. Serviços públicos e serviços de utilidade pública. Caracterização dos serviços de táxi. Ausência de precariedade na titulação para prestá-lo e desvio de poder legislativo. In: Celso Antônio Bandeira de Mello. *Pareceres de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 212-227.

³¹³ TJMG. nº 1.0024.01.577094-4/017, 4ª Câmara Cível, rel. Des.(a) Almeida Melo, j. 14/06/2012, DJe de 05/12/2012; TJ/MG Agravo de Instrumento-Cv 1.0024.13.411274-7/001, rel. / 6ª CÂMARA CÍVEL, rel. Des.(a) Corrêa Junior, j. 12/08/2014, data da publicação da súmula 26/08/2014; TJSP Apelação 0003502-87.2013.8.26.0196, 5ª Câmara de Direito Público, rel. Leonel Costa, j. 02/12/2013; TJSP Apelação 0002168-33.2013.8.26.0482, 7ª Câmara de Direito Público, rel. Moacir Peres, j. 25/11/2013; TJSP Apelação 0024348-40.2011.8.26.0053, 3ª Câmara de Direito Público, rel. Amorim Cantuária, j. 18/09/2012; TJSP Apelação 0030738-26.2011.8.26.0053, 3ª Câmara de Direito Público, rel. Amorim Cantuária, j. 04/09/2012; TJSP Apelação 9301236-77.2008.8.26.0000, 27ª Câmara de Direito Privado, rel. Gilberto Leme, j. 19/06/2012. Em sentido contrário: TJMG Agravo de Instrumento nº 1.0153.12.008875-9/002, transitado em julgado, rel. Bitencourt Marcondes; TJ/MG no Agravo de Instrumento-Cv 1.0024.13.414670-3/001/BH, 8ª CÂMARA CÍVEL, REL. Des.(a) Bitencourt Marcondes, j. 18/07/2014, data de publicação da súmula 28/07/2014, tendo transitado em julgado em 12-09/2014; TJ/RS, Agravo nº 70057035990, de 25-11-2013. O STF RE 359.444/2004 é citado como o exemplo de que aquela Corte entende que o serviço de taxi não é serviço público.

³¹⁴ Belo Horizonte (Lei Orgânica do Município, art.193); Porto Alegre (Lei nº 11.582, de 21-02-2014); Linhares - Espírito Santo (Lei nº 2.927 de 01-0-2010)

³¹⁵ Distrito Federal (Lei nº 5.323, de 17/03/2014).

³¹⁶ STJ. ROMS nº 15.490 - RJ (2002/0145783-7), item 2, rel. Min. José Delgado *DJ*, 07 abr. 2003. Veja-se, ainda, o REsp nº 410367/MG, (2002/0012851-2), 2ª Turma, Rei. Min. Eliana Calmon, *DJ*, 02 dez. 2002 onde o STJ acentua o usual desprestígio à melhor técnica também na nomenclatura permissão/concessão. Nessa assentada, o STJ esclarece que mesmo tendo em comum a prévia licitação, a permissão permanece como precária e alterável por iniciativa da Administração, enquanto a concessão garante a revisão de cláusulas.

3.2 Transferência ou sucessão da “outorga” do serviço

A artigo 12-A, incluído pela Lei nº 12.865/13, cuida da possibilidade de transferência ou da sucessão da outorga do serviço individual de passageiros, o táxi.

O objetivo das discussões políticas que redundou nessa modificação era permitir que o serviço de táxi pudesse ser suscetível à hereditariedade, passando do falecido prestador do serviço que o explorava àqueles que dependiam do sustento que ele provia enquanto vivo.

Importa notar que o mesmo escopo fora antes empreendido sem sucesso quando dos debates que resultaram nas Leis Federais nº 12.468/11 (que regulamenta a profissão de taxista; altera a Lei nº 6.094/1974 e dá outras providências) e nº 12.844/13, as quais sofreram vetos presidenciais para afastar a previsão de obtenção do serviço de táxi por herança e o trato de matéria da competência municipal, a teor do art. 30, I, da Carta Republicana. Interessante que o vetado art. 30 da Lei nº 12.844/13 — que tinha redação expressa sobre a via da autorização para o trespasse da operação e da garantia ao autorizatário sucessor até os direitos de isenção tributária do sucedido — tratava o poder público local da mesma forma e naquela ocasião se justificou o veto na violação de competência dos Municípios para regulamentar os serviços de interesse local, questão desconsiderada quando da sanção da Lei nº 12.587/2013.

As alterações introduzidas na Lei de Mobilidade Urbana resultaram de atuação firme dos sindicatos e associações de taxistas, o que não afasta o questionamento de constitucionalidade formal, na medida em que a matéria ora aprovada apresenta teor parecido com aquela que havia sido vetada, por duas vezes, com alegação de que as regras de transferência de exploração do serviço de táxi são definidas pelos Municípios, tendo como justificativa de sanção o fato de que, com a sucessão pelo prazo de outorga, o governo federal não estará interferindo na autonomia dos municípios.

No plano econômico e social é compreensível a insistência por perseguir uma proteção legal à subsistência de várias famílias. Todavia, muitas indagações jurídicas surgirão quanto à inserção, na lei, de temas não vinculados exatamente à mobilidade.

3.3 A formalização da exploração

Segundo Thiago Marrara, diante da nova redação do artigo 12 da Lei de Mobilidade Urbana, há duas interpretações possíveis: “ou o legislador quis dizer que não existe mais nenhum ato de outorga, porque o serviço não é público, mas de interesse público (privado, não monopolizado pelo Estado, mas somente regulado), razão pela qual caberá ao Município apenas a prática de atos de polícia administrativa; ou, em outra opção hermenêutica, desejou o legislador registrar que, embora o serviço seja monopolizado, ao Município caberá selecionar qual o tipo de outorga de serviço utilizará: concessão, permissão ou autorização.

Embora o art. 12-A utilize a palavra “outorga”, a interpretação mais adequada da nova sistemática legal parece ser a primeira das duas acima apontadas. O argumento mais forte a favor desse entendimento se extrai do art. 30, inciso V, da Constituição da República, de acordo com o qual compete ao Município “organizar e prestar, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial”.

A partir dessa redação, mostra-se aceitável concluir que o serviço público municipal seria apenas o de transporte coletivo, não o individual. Desse modo, os serviços de táxis e assemelhados configuram unicamente atividades econômicas em sentido estrito, a qual pode sofrer controle por via da polícia administrativa, quando prestados por particulares, sem prejuízo de o próprio Município instituir seu serviço em concorrência com os demais agentes econômicos [...].

Diante desse cenário, o ato de outorga previsto no art. 12-A da Lei de Mobilidade Urbana não representa outorga de serviço público, mas simples ato de polícia administrativa de natureza liberatória, ou seja, ato pelo qual se licenciam particulares a prestarem atividades econômicas consistentes no transporte individual de passageiros por taxi e assemelhados. E se é assim, a tarifa mencionada pela Lei nada mais é que um preço privado controlado pelo Estado com base em lei. Não se trataria, portanto, de tarifa no sentido utilizado pelo direito dos serviços públicos. Não há que se falar, por conseguinte, de equilíbrio econômico-financeiro nesses casos, nem mesmo de controle de receitas dos prestadores do serviço pelo Estado”.³¹⁷

Como anteriormente salientado, a classificação do táxi como serviço de utilidade pública sempre foi defendida pela doutrina, embora com resistência pela jurisprudência,³¹⁸ e essa mutação legal da identidade ou da natureza jurídica, juntamente com a retirada do instituto da permissão, reforça a discussão sobre ser transferível, a qualquer título, a “outorga” para exploração do táxi.

A circunstância de ser o serviço de táxi atividade privada sob controle público não impede a adoção de um processo de seleção dos aceitos à prestação dos serviços com preservação da igualdade ou mediante simples credenciamento dos prestadores, vinculando o procedimento adotado, tanto a Administração, quanto os prestadores, especialmente quanto ao imprescindível regulamento.

É por isso que o caput do novo art. 12, corretamente, confere ao município a competência para organização, disciplina e fiscalização, e o §3º exige que essa organização e esse disciplinamento, caso aconteçam, sejam estendidos aos casos de transferência nos limites fixados na própria “outorga”.

Observa Geraldo Spagno Guimarães que “além desses regramentos, cada município terá que adequar sua realidade, pois alguns têm delegações em vigor, resultantes ou não de licitações. Nas licitadas, algumas têm impedimentos estabelecidos no edital e respectivo contrato para transferências a qualquer título, e deve o município decidir como agir diante desses atos jurídicos perfeitos na medida em que estamos diante de ordenamento novo. Se o caso específico for de delegação sem licitação, entendemos que a nova lei pode ser aproveitada para regularizar as situações doravantes, mediante lei municipal que passe a ordenar e a disciplinar a autorização [...]”.

Diga-se, por oportuno, que vários municípios têm decisão judicial sobre o assunto, abordando explicitamente a questão das transferências, em geral vedando as cessões, a qualquer título. Nos processos ainda em curso cabe questionamento, pois o art. 462

³¹⁷ Transporte público e desenvolvimento urbano: aspectos jurídicos da Política Nacional de Mobilidade. *Revista Digital de Direito Administrativo*, Ribeirão Preto, 2014. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v2p120-136>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

³¹⁸ TJMG. nº 1.0024.01.577094-4/017, 4ª Câmara Cível, rel. Des. Almeida Melo, j. 14/06/2012, DJe de 05/12/2012.

do CPC permite que o fato modificativo do direito capaz de influir no julgamento seja considerado, mesmo que a demanda esteja em fase recursal.^{319 320}

4 Prestação de serviços de táxis no Município de São Paulo

A prestação dos serviços de táxis no Município de São Paulo é regida pela Lei Municipal nº 7.329/69, regulamentada pelo Decreto nº 8.439/69. Portanto, a lei passou a ter vigência em contexto anterior à promulgação da CF/88, levando-nos a inferir que a permissão se caracterizou por ser um ato unilateral, discricionário e precário, pelo qual o Poder Público delegava ao particular a prestação do serviço, não se exigindo prévia licitação.

A Lei Municipal nº 7.329/1969 estabeleceu que o transporte individual de passageiros constitui serviço de interesse público, podendo ser executado tão somente mediante prévia e expressa autorização da Prefeitura, sendo que uma série de exigências são feitas às pessoas jurídicas constituídas para a execução deste serviço, bem como às pessoas físicas (motoristas, profissionais autônomos – para que obtenham Termo de Permissão e Alvará de Estacionamento.

A transferência de alvará de estacionamento foi expressamente permitida pela lei e a Portaria nº 114/2008 DTP/SMT regulamentou a transferência de titularidade, dependendo de prévio deferimento do Diretor do Departamento de Transportes Públicos, em regular processo administrativo.³²¹

O Ministério Público ingressou com a Ação Civil Pública nº 0016639-80.2013.8.26.0053 perante a 13ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo, afirmando que vêm sendo praticados ilícitos administrativos na outorga de “alvarás de estacionamento” para a prestação dos serviços de táxi na cidade de São Paulo, uma vez que as formas previstas de transferências e concessões de novos alvarás permitem que pessoas físicas e jurídicas explorem o serviço de transporte por meio de táxi sem que tenham se submetido, previamente, a um procedimento licitatório. O Ministério Público expediu recomendação à Prefeitura de São Paulo para que instaurasse tal procedimento para a concessão do serviço de transporte de passageiro por meio de táxi na cidade, e que fosse vedada a transmissão do direito de exploração da atividade aos sucessores ou a terceiros.

O MP argumenta, ainda, que a licitação se faz necessária pelo fato de o serviço de táxi ser um serviço público, objeto de permissão do Poder Público e que haveria incompatibilidade da Lei Municipal nº 7.329/69 e do Decreto nº 8.439/69 em relação à Constituição Federal e a Lei nº 8.987/85. Nesse sentido, pede, em suma, que sejam

³¹⁹ REsp nº 75.003/RJ, T3, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 26-03-1996, DJ, 10-06-1996.

³²⁰ Geraldo Spagno Guimarães. O direito à exploração do serviço de táxi e a Lei nº 12.865/13. *Fórum Municipal & Gestão das Cidades – FMGC*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, nov./dez 2013.

³²¹ Art. 19 - Fica permitida a transferência de alvará de estacionamento de pessoas jurídicas ou físicas para quem, satisfazendo as exigências legais e regulamentares, possa executar o serviço de transporte individual de passageiros por meio de táxi. Art. 20 - Por força do disposto no artigo anterior, fica expressamente permitida a transferência de alvará: a) ocorrendo sucessão, fusão ou incorporação de empresa por outra permissionária do serviço; b) ocorrendo a morte do motorista autônomo, viúva ou a seus herdeiros, enquanto pelo menos um deles for incapaz; c) ao espólio, viúva ou a herdeiro de motorista autônomo. 1 - Aquele que adquirir a propriedade do veículo deverá preencher as exigências desta lei, salvo nos casos previstos na letra “e” deste artigo. 2 - Ao espólio, viúva e aos herdeiros de motorista autônomo é assegurado o direito de registrar condutor para dirigir o veículo. 3 - Nas hipóteses previstas nas letras “c”, “d” e “e”, o Alvará somente poderá ser transferido para empresa permissionária ou motorista profissional inscrito no Cadastro Municipal de Condutores de Táxis.

declaradas a revogação, *incidenter tantum*, de parte dos artigos 19 e 20 da Lei Municipal nº 7.329/69 e dos artigos 26 e 27 do Decreto nº 8.439/69; a declaração de nulidade de todas as permissões de táxis concedidas mediante alvará após 05 de outubro de 1.988 e a condenação do Município de São Paulo a instaurar procedimento licitatório para a concessão dos serviços de transporte de passageiros por meio de táxis e a se abster de efetuar qualquer transferência de alvará de estacionamento de táxis ou de renovar as permissões, exceto após a realização de licitação.

A tutela antecipada foi indeferida e o Ministério Público interpôs Agravo de Instrumento, distribuído sob o nº 0093622-85.2013.8.26.0000. A 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu que, por ser serviço de interesse público, faz-se necessária a prévia licitação nos termos do artigo 175 da CF/88, e deu provimento ao agravo para deferir a liminar, determinando que a Municipalidade não concedesse, renovasse ou autorizasse a transferência dos alvarás de estacionamento, e determinando, ainda, medidas cabíveis para que se efetuasse a licitação.

Em sede de contestação, o Município de São Paulo alegou que o método utilizado para a outorga de novos alvarás atende ao princípio da impessoalidade, aproximando-se da licitação, e mantendo a outorga com natureza precária, de forma a não engessar a Administração Pública. Defendeu, ainda, que o serviço de taxi embora deva ser regulamentado pelo Poder Público, possui natureza de atividade econômica – e não de serviço público. A permissão estava sendo concedida sob três formas: (a) sorteio pela Loteria Federal; (b) por transferência nos casos previstos em lei; e (c) em casos específicos, por determinação emanada pelo Poder Judiciário.

A Associação das Empresas de Táxi do Município de São Paulo (ADETAX) e o Sindicato das Empresas de Táxi e Locação de Táxi do Estado de São Paulo (SINETAXI), pediram para entrar na lide como litisconsortes necessários, tendo em vista o fato de representarem as pessoas que iriam suportar, diretamente, os efeitos do provimento demandado.

O Sindicato dos Taxistas Autônomos de São Paulo e o Município de São Paulo opuseram embargos de declaração, e o Tribunal rejeitou os primeiros e acolheu em parte os opostos pela Municipalidade, concedendo efeito infringente, para modificar o dispositivo do acórdão embargado, apenas no tocante à renovação das permissões já existentes, permitindo que sejam renovadas pelo Poder Público até a realização do certame licitatório.

O Município de São Paulo, por sua vez, tornou a opor embargos de declaração contra o referido acórdão, alegando que, em razão dos efeitos concretos e normativos da antecipação da tutela, a questão deveria ter sido analisada pelo Órgão Especial do TJ/SP. Recebidos os embargos, os mesmos foram rejeitados.

Na sentença que julgou improcedente a ação civil pública, primeiramente o Juízo afastou os pedidos de litisconsórcios necessários, uma vez que a concessão se dá a título precário e podem ser revogadas unilateralmente, não sendo devida nenhuma indenização ao prejudicado. O Juízo se referiu à concessão como se fosse permissão, tanto é que, após falar em concessão, aduziu que é conferida a título precário a ser revogada unilateralmente.

O Juízo ainda entende que as Leis Municipais nº 7.329/69 e 10.308/87 conferem ao serviço de táxi o tratamento de atividade econômica. A exploração desse serviço, embora seu exercício se encontre condicionado à prévia expedição de autorização,

não o transforma em serviço público: “Entendo que os serviços de táxi atendem a uma necessidade de interesse geral, uma necessidade coletiva, mas que, por serem atividades privadas e exercidas por particulares, dependem de autorização do Poder Público, sendo por ele regulamentadas e fiscalizadas. Não se trata de atividade própria da Administração ou de serviço essencial, mas sim, de atividade de interesse coletivo, que pode, portanto, dispensar o processo licitatório sem que haja nenhuma violação a princípio constitucional. Não se pode negar a sua utilidade e relevância para a coletividade, daí a necessidade de fiscalização e de regulamentação, mas não há a aplicação do regime jurídico administrativo às autorizações concedidas pelo Poder Público Municipal”.

Na sequência, fundamenta que pelo artigo 6º da Lei, “a Prefeitura poderá, a qualquer tempo, cassar a inscrição no Cadastro Municipal de Condutores de Táxis, o Alvará de Estacionamento e o Termo de Permissão sem qualquer direito de indenização ao permissionário”.

Deste dispositivo é que se denota a natureza jurídica de autorização, que pode ser revogada a qualquer tempo, não tem caráter contratual e que não se encaixa na definição de permissão de serviço público, sujeito aos ditames da Lei nº 8666/93. Por fim, o Juízo aborda o Alvará de Estacionamento como uso de bem público e, uma vez que a outorga de novas autorizações é feita mediante sorteio entre os interessados, atendendo a requisitos do Poder Público, garante o tratamento isonômico aos interessados.

O Juízo argumenta, ainda, que a edição da Lei nº 12.587/12, com as alterações produzidas pela Lei nº 12.865/13, veio “a encerrar a discussão sobre a possibilidade da transferência dos referidos Alvarás e a competência dos Municípios em fazê-lo, em seus artigos 12 e 12-A”.

Após proferida sentença de improcedência da ação, o Ministério Público interpôs recurso de apelação visando a sua reforma integral e a **Associação dos Taxistas de São Paulo, o Sindicato das Empresas de Taxi de São Paulo, o Sindicato dos Taxistas Autônomos de São Paulo e a Federação dos Taxistas** também interpuseram recurso de apelação, apenas destinado ao reconhecimento de litisconsórcio passivo necessário com o Município de São Paulo. Vale destacar que os recursos de apelação interpostos pelas entidades classistas não pleiteavam a nulidade da sentença.

O magistrado considerou intempestiva a apelação do Ministério Público sob o argumento de que a apelação protocolada anteriormente à apreciação de embargos de declaração e não reiterada é intempestiva, acolhendo os embargos de declaração da Municipalidade. O Ministério Público apresentou Agravo de Instrumento, havendo sido concedido o efeito ativo de modo a determinar o processamento do recurso de apelação ofertado pelo Recorrente.

4.1 A extrapolação do conceito de serviço público às prestações privadas: o chamado serviço público virtual ou impróprio

Existem serviços que não são públicos, mas que atendem a relevantes interesses. Costuma-se utilizar a expressão serviço público impróprio ou virtual, categoria descrita na doutrina como extrapolação da teoria tradicional do serviço público, aos serviços prestados pelos particulares ao público sem título de concessão.

A origem das denominações “impróprio” e “virtual” difere.

Existem diferenças entre os serviços públicos impróprios (doutrina italiana) e os virtuais (origem na jurisprudência do Conselho de Estado francês), pois, para que exista um serviço público virtual é necessária a sua prestação em bens do domínio público, condição não requerida para os serviços públicos impróprios.³²²

Sintetizando a concepção italiana e francesa dessas atividades, pode-se dizer que as notas definidoras sobre as quais se construiu o conceito de serviço público impróprio e virtual são: atividades fundamentalmente privadas, não assumidas nem executadas pelo Estado, seja direta ou indiretamente, mas apenas por ele autorizadas, regulamentadas e fiscalizadas; dirigidas ao público para satisfazerem necessidades ou exigências de interesse geral ou público.

Os serviços públicos impróprios foram, na doutrina, também denominados: atividades individuais de interesse público (Sayagués Laso; Jorge H. Sarmiento García³²³); atividades privadas de interesse público (Manuel Maria Diez; Daniel Edgard Maljar³²⁴); serviços de interesse público (Fernando Garrido Falla; Villar Palasí³²⁵); empresas regulamentadas (Jèze; Villegas Basavilbaso³²⁶); atividades regulamentadas, disciplinadas, ou programadas (Gaspar Ariño Ortiz³²⁷).

Apesar dessa diversificação terminológica, todos são concordes em distinguir os serviços públicos próprios dos impróprios devido à sua natureza jurídica e às diferenças de titularidade que os particularizam. Enquanto no denominado serviço público próprio o titular é o Estado, no serviço público impróprio e virtual o titular é o particular. Podem ser citados como exemplos de atividades assim consideradas as de táxis, farmácias, ensino privado, etc.

Na qualificação de todos esses campos de atividade, a doutrina acha-se dividida entre aqueles que qualificam o serviço público impróprio como atividade privada submetida à simples técnica de polícia administrativa, só que com uma regulamentação mais intensa; e aqueles que fazem a assimilação ao serviço público (próprio) e a interpretação extensiva da intervenção.³²⁸

Dentre os primeiros, Entrena Cuesta, por exemplo, propugnou que o serviço de táxis fosse considerado como um “serviço de interesse público”, como uma atividade

³²² Manuel Maria Diez. *Derecho administrativo*, III. Buenos Aires: Bibliografica Omeba, 1967. p. 192; Joël Carbajo. *Droit des services publics*. 3. éd. Paris: Dalloz, 1997p. 18; Jean-François Lauchaume; Claudie Boiteau; Hélène Pauliat. *Grands services publics*. 2. éd. Paris: Armand Colin, 2000. p. 139; Didier Linote; Raphaël Romi. *Services publics et droit public économique*, 5. éd. Paris: Litec, 2003. p. 49.

³²³ Enrique de Sayagués Laso. *Tratado de derecho administrativo*. 4. ed. Montevideo: Barreira y Ramos, 1974. v. 1, p. 86; Jorge Sarmiento García. Noción y elementos del servicio público. In: Marta González De Aguirre (Coord.). *Los servicios públicos*. Buenos Aires: Depalma, 1994. p. 10.

³²⁴ Manuel Maria Diez. *Derecho administrativo*, III. Buenos Aires: Bibliografica Omeba, 1967. p. 194; Daniel Edgardo Maljar. *Intervención del Estado en la prestación de servicios públicos*. Buenos Aires: Hammurabi, 1998. p. 259.

³²⁵ Fernando Garrido Falla. *Tratado de derecho administrativo*. 10. ed. Madrid: Tecnos, 1992. v. II. p. 387; J.L. Villar Palasí *La intervención administrativa en la industria*. Madrid, 1964, p. 257. Apud Manuel Maria Diez. *Derecho administrativo*, III. Buenos Aires: Bibliografica Omeba, 1967. p. 194.

³²⁶ Gaston Jèze. *Principios generales del derecho administrativo*. Tradução da 3. edição francesa por Julio N. San Millán Almagro. Buenos Aires: Depalma, 1949. v. 2, t. 1, p. 10; Benjamin Villegas Basavilbaso. *Derecho administrativo*, III. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1951. p. 48. Sobre a distinção entre o serviço público propriamente dito e o serviço público prestado por uma empresa regulamentada, vid., Ch. Blaevoet. Modifications apportées au régime des distributions d'énergie électrique par la loi du 27 février 1925, em *RDP*. 1926, p. 54 e ss.

³²⁷ Gaspar Ariño Ortiz. *Economía y Estado*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993. p. 380.

³²⁸ Gaspar Ariño Ortiz. *Economía y Estado*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993. p. 373.

privada que, por seu interesse para a coletividade, a Administração poderá submetê-lo a “diversos controles, que se iniciarão com a exigência da autorização, e manter-se-ão ao longo do desenvolvimento da atividade autorizada mediante a necessidade de submeter-se não já às condições, fins e modos que se agregam à referida autorização, mas, o que será mais frequente, a toda uma disposição de caráter regulamentar”.³²⁹

Perspectiva distinta adotaram outros autores que assimilaram essa hipótese à do serviço público. Parada questiona que em tais casos exista mera autorização e defende seu caráter de serviços públicos, mesmo que os distinguindo dos serviços públicos estritos, porque, frente ao monopólio da concessão dos últimos, naqueles haveria pluralidade de prestadores.³³⁰

Morell Ocaña afirma que, no campo dos serviços públicos impróprios, o poder organizativo da Administração (poder de direção e organização) coloca na Administração um feixe de competências em que se desenvolve esta função diretiva e organizadora. São elas: a) “poder de admissão dos sujeitos interessados no exercício da atividade prestadora, [...] que terá, normalmente, uma dimensão de discricionariedade”; b) “poder de determinação dos elementos da relação de troca, que vai ter lugar entre os que realizam a atividade de prestação ao público e os usuários da mesma: determinação dos caracteres da prestação, em seus aspectos qualitativos e quantitativos, assim como da contraprestação a cargo do usuário (potestade tarifária) [...]”; c) “poderes de controle, de inspeção e de sanção”; d) “poderes regulamentares para completar o estatuto jurídico básico da instituição”; e) “poderes diretivos de caráter complementar, tendo a faculdade de emanar instruções sobre o modo de realização da atividade”.³³¹

Para o autor, a relação jurídica entre o particular autorizado e a Administração não é, como exigiria a tese clássica da autorização, uma relação de trato instantâneo, mas é de trato sucessivo, de caráter permanente. A norma, no caso, desborda dos limites clássicos da doutrina da autorização; esta vai além da simples declaração da licitude da atividade, limite em que se detinha a doutrina clássica da autorização. A autorização é o título jurídico habilitante do exercício de um direito do particular, o título que outorga uma legitimação à atuação do particular. Não se trata de uma legitimação indireta, “porque não se cria uma titularidade derivada de outra que, previamente, pertencera à Administração (como ocorre na concessão administrativa)”, mas de “uma hipótese de legitimação direta conferida pela Administração, mediante um ato de eficácia constitutiva”.³³²

Para Villar Palasí, por exemplo, no serviço de táxis se dá “obrigação de fazer, falta de direitos subjetivos para exigir a chamada autorização, ‘*numerus clausus*’, garantia de continuidade do serviço, regulação de horários e tarifas pela própria Administração, sanção administrativa por descumprimento no serviço frente ao usuário. O resultado

³²⁹ R. Entrena Cuesta. El servicio de taxis. *Revista de Administración Pública*, n. 27, 1958. *Apud*, Gaspar Ariño Ortiz. *Economía y Estado*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993. p. 375.

³³⁰ Ramón Parada. *Derecho administrativo. Parte general*. 10. ed. Madrid: Marcial Pons, 1998. v.1, p. 498. Parada vê nos serviços públicos virtuais ou impróprios uma opção alternativa à gestão direta pela Administração e à indireta pela concessão, da qual seria difícil distingui-la materialmente, pelo que conclui que se a autorização de um serviço público virtual tem caráter limitado em seu número (farmácias, táxis, etc.) esta última está camuflando uma autêntica concessão (*op. cit.*, p. 498).

³³¹ *Curso de derecho administrativo*. Pamplona: Aranzadi, 1996. t. 2, p. 145.

³³² Morell Ocaña. *Curso de derecho administrativo*. Pamplona: Aranzadi, 1996. t. 2. p. 147-148.

assim obtido é o mesmo regime especial que nuclearmente é o essencial no serviço público propriamente dito”.

Por isso, entende que “de examinar as consequências legais, prescindindo da terminologia da lei e dentro da função reintegradora da doutrina, cabe concluir que os serviços de táxis são, efetivamente, serviços públicos propriamente ditos”.³³³

A questão da qualificação dessas atividades é relevante, pois da sua inclusão ou não como serviços públicos *strictu sensu*, advêm diferentes consequências relativas ao regime jurídico no qual se enquadram.

A qualificação do táxi como atividade privada sujeita a controles estatais.

Gaspar Ariño Ortiz considera “um erro metodológico (ou se preferir terminológico) continuar utilizando para essas atividades a expressão ‘serviço público’ (mesmo que depois o adjetive como virtual, impróprio ou objetivo) se é que queremos conservar para a referida expressão um significado técnico preciso (e, por fim, um regime jurídico específico)”. Ressalta, ainda, o erro que seria estender-se por analogia o regime jurídico próprio do serviço público *strictu sensu* a essas atividades regulamentadas, disciplinadas ou programadas; por exemplo, quanto ao regime de afetação de bens, tarifas, falências, greves, equilíbrio financeiro etc.³³⁴

Apesar de reconhecer uma aproximação de regime jurídico, aponta Ariño Ortiz as seguintes notas diferenciais:

- a) diferente fonte e conteúdo do dever de prestação, que nas atividades regulamentadas não estaria no ato de autorização, mas na norma, enquanto que na concessão estaria basicamente no título contratual no qual esta se legitima;
- b) o alcance do poder regulamentar da Administração seria distinto. Enquanto nos chamados serviços públicos impróprios estaria rigidamente estabelecido na norma, na concessão seria, além do que a norma prescreve, o que a Administração ordena em função de seu poder de alteração do contrato de concessão (salvo, naturalmente, que a norma proíba);
- c) um distinto alcance do poder sancionador, em caso de descumprimento dos deveres de prestação, em um e outro caso; para os exercentes de atividades regulamentadas, esta aparece detalhada na norma de uma maneira estrita e pormenorizada, enquanto que no caso dos concessionários dos serviços públicos, o regime de sanções se aproximaria mais ao do disciplinar interno da administração sobre seus agentes, no qual se dá uma maior elasticidade ao princípio de legalidade e tipicidade das infrações e sanções;
- d) por último, a inexistência de um regime de possível substituição na prestação, a renunciabilidade, o caráter negociável da atividade frente a terceiros e a falta de direito ao equilíbrio econômico diferenciariam a posição do exercente de uma atividade regulamentada do concessionário.³³⁵

Com efeito, o regime jurídico em um caso e outro é profundamente distinto. Analisando o significado que se pretende atribuir aos serviços públicos impróprios,

³³³ J.L. Villar Palasí *apud* Gaspar Ariño Ortiz. *Economía y Estado*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993. p. 378-379.

³³⁴ Gaspar Ariño Ortiz. *Economía y Estado*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993. p. 379-380. A propósito, Ramón Parada afirma que as diferenças apontadas por Ariño são “discutíveis, contingentes e, sobretudo, escassamente operativas” (*Derecho administrativo*. Parte general. 10. ed. Madrid: Marcial Pons, 1998. v.1. p. 499).

³³⁵ Gaspar Ariño Ortiz. *Economía y Estado*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993. p. 380-383.

objetivos ou virtuais, não conseguimos vislumbrar diferença substancial entre essa atividade e qualquer outra realizada pelos particulares.

Os direitos que amparam essas atividades privadas devem ser exercidos em conformidade com as leis que regulamentam seu exercício. Todavia, a sujeição a especial regime jurídico, a regras mais detalhadas e estritas que os autorizados devem aceitar, em função do interesse público envolvido, não é razão suficiente para elevar tais atividades à categoria de serviços públicos, embora se lhes aplique a qualificação de impróprios, objetivos ou virtuais.

Imagine-se o alcance que teria predicar-lhes o regime próprio dos serviços públicos em matéria de bens, equilíbrio financeiro, poderes unilaterais da administração sobre a criação, modificação e extinção do serviço público.

Por intensa que seja a intervenção administrativa sobre a atividade, ditada por motivos de interesse público, em tais hipóteses³³⁶ a Administração não assume a atividade, direta ou indiretamente, mantendo uma posição externa ao seu desenvolvimento.³³⁷

Todas as atividades consideradas pela doutrina como serviços públicos impróprios, objetivos ou virtuais, não são verdadeiros serviços públicos, porquanto em nenhuma delas há *publicatio* da atividade (reserva de titularidade a favor do Estado), nem se exige, a rigor, concessão, embora, como pontifica Ariño Ortiz, “a chamada autorização não seja uma mera remoção de limites (simples declaração de licitude), e crie uma relação permanente de sujeição entre a Administração e os particulares, com ‘um dever de fazer ou de prestar’”.³³⁸ Daí a referência doutrinária a um ato administrativo tipificado com diversas denominações (“autorizações constitutivas de relações jurídicas permanentes entre a Administração e os particulares”, ou de “autorizações com funcionalidade operativa” ou “autorizações constitutivas de situações jurídico-seccionais”, ou “autorizações conformadoras”, ou “concessões de gestão econômica de interesse público”). “No fundo”, acentua Gaspar Ariño, “atos que projetam sobre um indivíduo destinatário, toda uma situação jurídica geral e objetiva, configurada previamente pelo ordenamento (não pela autorização), na qual fica incurso o autorizado. Dá-se, aqui, o que a doutrina francesa denominou ato-condição (a autorização) que abre a aplicação do ato-regra (o estatuto), com um complexo de direitos e deveres para ambas as partes, que são o conteúdo da relação”.³³⁹

³³⁶ Diz-se, inclusive, que os mesmos revelam a tendência do Estado a assimilar as correspondentes atividades, havendo se falado por isso de “serviços públicos em vias de declaração” (Villar Palasi); de situações jurídicas “en marche vers le service public” (Savatier) (J.L. Villar Palasi, *apud* Gaspar Ariño Ortiz. *Economía y Estado*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993. p. 375); de *pseudopublicatio* ou *publicatio* encoberta (Ramón Parada. *Derecho administrativo*. Parte general. 10. ed. Madrid: Marcial Pons, 1998. v. 1, p. 497).

³³⁷ José María Souvirón Morenilla. *La actividad de la administración y el servicio público*. Granada: Comares, 1998. p. 134-135.

³³⁸ Gaspar Ariño Ortiz. *Economía y Estado*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993. p. 378.

³³⁹ *Economía y Estado*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993. p. 378.

Souvirón Morenilla esclarece: “É claro que a noção de serviço público poderia ser empregada para descrever prestações, qualquer que seja seu titular e sujeito agente, oferecidas ao público e que satisfaçam uma necessidade de interesse geral. Porém, em tal caso, estaríamos utilizando essa noção com um significado (o objetivo ou funcional) totalmente distinto daquele do qual precisamente parte a própria doutrina do serviço público virtual ou impróprio (que o autêntico serviço público – o ‘real’ ou ‘propriamente’ tal – é o de titularidade administrativa) ao qual, por isso mesmo, quer reconduzir tais prestações que implicitamente reconhece não têm esse caráter (salvo ‘virtual’ ou ‘impropriamente’). Daí que, [...] a doutrina haja retirado em geral até este momento a confusão a que levaria a ideia do chamado serviço público virtual, objetivo ou impróprio e reconduzido o fenômeno à característica técnica de polícia, como uma hipótese de atividades privadas especialmente regulamentadas

Trata-se de atividades privadas submetidas a intensas manifestações do poder de polícia, tendo em conta que são exercidas pelos particulares, no uso de sua “competência privada originária”, sujeitas a um regime jurídico de Direito privado, caracterizado pela liberdade de exercício e contratação, cujas normas regulamentares devem observar os limites das garantias constitucionais para o desempenho de uma atividade livre.³⁴⁰

A propósito, Cino Vitta ressalta que: “Se uma atividade está livre à iniciativa dos sujeitos privados, continua sendo privada, ainda quando, por suas projeções, satisfaça necessidades do público, e ainda quando suporte múltiplas restrições e imposições de caráter policial”.³⁴¹

Também gerou enérgicas oposições o poder de criação do serviço público impróprio ou virtual. Com efeito, salienta Díez que esta teoria apresenta o perigo de abandonar as prerrogativas do Poder Legislativo à Administração e facilitar a criação dos serviços públicos, pois a aceitação desse critério levaria a Administração, a qualquer momento, a submeter qualquer atividade privada à regulamentação do serviço público, em prejuízo dos direitos do administrado.³⁴²

Em síntese, pode-se registrar:

1. no Direito brasileiro, o Estado é sempre titular do serviço público (art. 175 CF/88).
2. os serviços públicos impróprios, objetivos e virtuais têm por titulares os sujeitos privados que os exploram.
3. os serviços públicos impróprios e os virtuais não são serviços públicos em sentido jurídico e nem se deve tampouco dar-lhes essa designação de serviço público, que apenas concorre para criar mais dificuldades que soluções.

5 Observações finais

A nova redação do art. 12 da Lei nº 12.587/12 passa a considerar o táxi como serviço de utilidade pública, reconhecendo que cabe ao poder público local organizar, disciplinar e fiscalizar sua “outorga” àqueles que satisfaçam os requisitos previamente fixados em cada município, bem como a transferência a qualquer interessado (inclusive os sucessores legítimos), durante o prazo dela. Reflexamente, tal dispositivo desobriga o poder local de percorrer a via da licitação, o que não impede a adoção de um processo de seleção dos aceitos à prestação dos serviços.

A alteração do art. 12-A na Lei nº 12.587/2012, que assegura aos herdeiros o direito de continuar explorando o serviço no caso da morte do taxista titular da autorização, bem como autoriza ao taxista a transferência do direito da outorga da exploração do

ou disciplinadas através de um ato administrativo tipificado com diversos nomes (‘autorizações constitutivas de relações jurídicas permanentes entre a Administração e os particulares’, ‘autorizações com funcionalidade operativa’, ‘autorizações conformadoras’, etc.)” (José María Souvirón Morenilla. *La actividad de la administración y el servicio público*. Granada: Comares, 1998. p. 135).

³⁴⁰ Daniel Edgardo Maljar. *Intervención del Estado en la prestación de servicios públicos*. Buenos Aires: Hammurabi, 1998. p. 253.

³⁴¹ Comentário feito à obra de A. de Valles cit. *Rivista di Diritto Pubblico e della Amministrazione in Italia*, Milano, t. 1, p. 55 e ss. *Apud* Daniel Edgardo Maljar. *Intervención del Estado en la prestación de servicios públicos*. Buenos Aires: Hammurabi, 1998. p. 253.

³⁴² Manuel Maria Díez. *Derecho administrativo III*. Buenos Aires: Omeba, 1967. v.3. p. 193.

serviço de táxi a terceiro, resultou de intensa pressão de entidades representativas de taxistas, o que representa um grande ganho para a categoria.

Considera-se complexa a determinação de que “em caso do falecimento do outorgado” do serviço de taxi, “o direito à exploração do serviço será transferido a seus sucessores legítimos [...]”, ainda que dependentes de prévia anuência do poder público municipal e do atendimento de requisitos fixados para a “outorga” (art. 12-A, §2º e 3º).

A alteração remete a solução à vocação legítima do Código Civil, e atrai a ideia de que é um bem patrimonial. Muitas foram as manifestações de varas de sucessão que autorizaram ou mesmo ordenaram a transferência do veículo e a respectiva delegação a herdeiros. Os civilistas jamais viram o óbice propagado pelos administrativistas à sucessão, e agora a lei endossa esse expediente quando indica como possível a autorização, dependendo apenas de regulação prévia do município.

O questionamento maior girará em torno do método para encontrar o melhor caminho para a tal sucessão.³⁴³

Trata-se, sem dúvida, de um assunto tormentoso, que está longe de se encontrar apaziguado.

Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Atividades privadas regulamentadas: autorização administrativa, poder de polícia e regulação. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, n. 10, p. 9-48, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.bidFórum.com.br/bid/PGI0006.aspx?pdicntd=30039>>. Acesso em: 11 set. 2014.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Economía y Estado*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Serviços públicos e serviços de utilidade pública. Caracterização dos serviços de táxi. Ausência de precariedade na titulação para prestá-lo e desvio de poder legislativo. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Pareceres de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2011.

CARBAJO, Joël. *Droit des services publics*. 3. éd. Paris: Dalloz, 1997.

CARVALHO FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DIEZ, Manuel Maria Diez. *Derecho administrativo III*. Buenos Aires: Bibliografica Omeba, 1967. v.3.

GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de derecho administrativo*. 10. ed. Madrid: Tecnos, 1992. v. II

GUIMARÃES, Geraldo Spagno. *Comentários à Lei de Mobilidade Urbana*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. O direito à exploração do serviço de táxi e a Lei nº 12.865/13. *Fórum Municipal & Gestão das Cidades – FMGC*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, nov./dez 2013.

JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. Tradução da 3. edição francesa por Julio N. San Millán Almagro. Buenos Aires: Depalma, 1949. v. 2, t. 1.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2015.

LAUCHAUME, Jean-François; BOITEAU, Claudie; PAULIAT, Hélène. *Grands services publics*. 2. éd. Paris: Armand Colin, 2000.

LINOTE, Didier; ROMI, Raphaël. *Services publics et droit public économique*. 5. éd. Paris: Litec, 2003.

³⁴³ Geraldo Spagno Guimarães. O direito à exploração do serviço de táxi e a Lei nº 12.865/13. *Fórum Municipal & Gestão das Cidades – FMGC*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, nov./dez 2013.

MALJAR, Daniel Edgardo. *Intervención del Estado en la prestación de servicios públicos*. Buenos Aires: Hammurabi, 1998.

MARRARA, Thiago Transporte público e desenvolvimento urbano: aspectos jurídicos da Política Nacional de Mobilidade. *Revista Digital de Direito Administrativo*, Ribeirão Preto, 2014. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v2p120-136>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 38 ed. São Paulo: Malheiros. 2012.

OCAÑA, Morell. *Curso de derecho administrativo*. Pamplona: Aranzadi, 1996. t. 2.

PARADA, Ramón. *Derecho administrativo*. Parte general. 10. ed. Madrid: Marcial Pons, 1998. v.1.

SARMIENTO GARCÍA, Jorge. Noción y elementos del servicio público. In: Marta González De Aguirre (Coord.). *Los servicios públicos*. Buenos Aires: Depalma, 1994

SAYAGUESLASO, Enrique de. *Tratado de derecho administrativo*. 4. ed. Montevideo: Barreira y Ramos, 1974. v. 1.

SOUVIRÓN MORENILLA, José María. *La actividad de la administración y el servicio público*. Granada: Comares, 1998.

VASCONCELLOS, Eduardo A. Os serviços de transporte de passageiros por fretamento. In: *Transporte por fretamento*. Série Cadernos Técnicos, v. 9, p. 26-45, nov. 2012.

VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamin. *Derecho administrativo*, III. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1951.

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

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Táxi. In: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). Problemas emergentes da Administração Pública. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. *Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 87-104.

CONCURSOS PÚBLICOS E O DEVER DE PLANEJAMENTO

FABRÍCIO MOTTA

1 Introdução

Este artigo possui como objetivo analisar e ressaltar a importância de algumas das atividades de planejamento prévias à realização de concursos públicos. O tema possui grande importância, na medida em que o número de concursos cresce na mesma proporção em que crescem as demandas administrativas e judiciais que poderiam ser evitadas com a correta atenção à organização e ao planejamento do certame.

A respeito do instituto do concurso público, já afirmamos, em outra ocasião, que:

A realização de certame competitivo, prévio ao acesso aos cargos e empregos públicos, objetiva realizar os princípios consagrados em nosso sistema constitucional, notadamente os princípios da democracia e da isonomia, e efetiva-se por meio de processo administrativo. Utilizando este mecanismo, são atendidas também as exigências do princípio da eficiência, neste momento entendido como a necessidade de selecionar os mais aptos para ocupar as posições em disputa e proporcionar uma atuação estatal otimizada. O acesso aos cargos e empregos públicos deve ser amplo e democrático, precedido de um procedimento impessoal onde se assegurem igualdade de oportunidades a todos os interessados em concorrer para exercer os encargos oferecidos pelo Estado, a quem incumbirá identificar e selecionar os mais adequados, mediante critérios objetivos.³⁴⁴

³⁴⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabricio; FERRAZ, Luciano. *Servidores públicos na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2011, p.21. Analisando regra constante da Constituição Portuguesa, Gomes Canotilho e Vital Moreira anotam com precisão: “A regra constitucional do concurso consubstancia um verdadeiro direito a um procedimento justo de recrutamento, vinculado aos princípios constitucionais e legais (igualdade de condições e oportunidades para todos os candidatos, liberdade das candidaturas, divulgação atempada dos métodos e provas de selecção, bem como dos respectivos programas e sistemas de classificação, aplicação de métodos e critérios objectivos de avaliação, neutralidade na composição do júri, direito de recurso). O concurso assente num procedimento justo é também uma forma de recrutamento baseado no mérito, pois o concurso serve para comprovar competências”. CANOTILHO, J.J.Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*, volume 1, 1.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 661.

O concurso público não é um *fim* em si mesmo, mas *meio* para a identificação objetiva dos mais aptos ao exercício de funções estatais. Por essa razão, o concurso deve ser objeto de rigoroso planejamento, justamente para que os atinja.

2 A criação de cargos e empregos públicos

Em se tratando de procedimento destinado a identificar os mais aptos para o provimento de cargos e empregos públicos, como regra,³⁴⁵ o concurso público pressupõe, por imperativo lógico, a existência dos cargos e empregos que serão providos. A Constituição Federal determina que a criação de cargos e empregos públicos na administração direta e autárquica deve ser feita por meio de lei, cuja iniciativa privativa é do Presidente da República (art. 61, §1º, inciso II, alínea “a”). O Presidente da República possui a mesma iniciativa para as leis que disponham sobre regime jurídico dos servidores públicos da União e Territórios, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria (art. 61, §1º, inciso II, alínea “c”). Há que se ressaltar que as Casas do Poder Legislativo possuem competência privativa para a criação, a transformação ou a extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e também a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração.

Certas instituições possuem autonomia em razão das atribuições que lhes competem e, por essa razão, a Constituição lhes reservou iniciativa própria para criação de cargos. Com efeito, foi atribuído privativamente ao Poder Judiciário (art. 96, inciso II, alínea “b”), Ministério Público (art. 127, §2º) e Tribunal de Contas (art. 73) o início do processo legislativo para criação dos cargos que pertencem às respectivas instituições. A esse respeito, convém colacionar julgados representativos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

[...] Alegação de ofensa a funções privativas dos Poderes Legislativo e Executivo. Necessidade de lei em sentido formal para a criação de vantagens pecuniárias para os servidores do Poder Judiciário. 4. Impossível confundir a iniciativa de lei conferida pela Constituição aos Tribunais mencionados no art. 96, II, com a competência para fixar vencimentos e vantagens a seus servidores sem lei formal. A Constituição não assegura aos Tribunais fixar, sem lei, vencimentos ou vantagens a seus membros ou servidores. 5. Medida cautelar deferida para suspender, ex nunc, até o julgamento final da ação, a eficácia das Resoluções nº 26, de 22/12/1994; 15, de 23/10/1997, e 16, de 30/12/1997, todas do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo”. (ADI-MC 1732 / Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA Julgamento: 15/12/1997, Órgão Julgador: Tribunal Pleno)

Ação direta de inconstitucionalidade. 2. O parágrafo 2º do art. 66 e art. 122, da Constituição do Estado de Minas Gerais, que faculta ao Procurador Geral de Justiça a iniciativa para projeto de lei de fixação de remuneração. Alegação de ofensa aos arts. 2º; 6º e §§1º e 2º do art. 127, da Constituição Federal. 3. “*Periculum in mora*” não demonstrado. Liminar indeferida. 4. Matéria relativa à autonomia financeira do Ministério Público considerada pela Corte. Precedentes. 5. Parecer da Procuradoria-Geral da República pela improcedência da ação. Ao Ministério Público compete propor a criação de seus cargos, cabendo igualmente a proposição dos vencimentos correspondentes a esses cargos. 6. Ação direta de

³⁴⁵ A possibilidade de exceção a esta regra será analisada no tópico destinado à análise do cadastro de reserva.

inconstitucionalidade improcedente”. (ADI 153 / MG / Relator: Min. NÉRI DA SILVEIRA, Julgamento: 30/03/1995, Órgão Julgador: Tribunal Pleno)

A CB/88, estabelecendo que compete ao próprio Tribunal de Contas propor a criação ou a extinção dos cargos de seu quadro, o processo legislativo não pode ser deflagrado por iniciativa parlamentar [artigos 73 e 96, inciso II, alínea b]”. (ADI 1994 / ES Relator(a): Min. EROS GRAU, Julgamento: 24/05/2006, Órgão Julgador: Tribunal Pleno).

Por efeito do princípio da simetria, as normas referidas devem ser replicadas para as demais unidades da Federação:

OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SIMETRIA. É da iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo lei de criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração, bem como que disponha sobre regime jurídico e provimento de cargos dos servidores públicos. II - Afronta, na espécie, ao disposto no art. 61, §1º, II, a e c, da Constituição de 1988, o qual se aplica aos Estados-membros, em razão do princípio simetria. III - Ação julgada procedente. (ADI 2192 / ES, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Julgamento: 04/06/2008, Órgão Julgador: Tribunal Pleno)

O projeto de lei deve ser elaborado e encaminhado ao legislativo contendo alguns elementos mínimos relativos aos futuros cargos ou empregos: a) Denominação dos cargos e sua quantidade; b) requisitos para provimento; c) atribuições; d) regime remuneratório; e e) regime jurídico funcional.

Além disso, a criação de cargos e empregos está condicionada ao atendimento de requisitos de ordem orçamentária/financeira:

- a) prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes (CF art.169, §1º);
- b) autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista (CF art.169, §1º);
- c) estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes (arts.16 e 17 da Lei Complementar nº 101/00 – Lei de Responsabilidade Fiscal);
- d) origem dos recursos para o custeio (art.17, §1º da LRF);
- e) comprovação de que a despesa criada ou aumentada não afetará as metas de resultados fiscais, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, serem compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa (art. 17, §2º da LRF);
- f) declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias (art. 16; 17 e 21 da LRF).

É importante destacar que não há exigência de autorização específica na Lei de Diretrizes Orçamentárias para a abertura de concurso público, como corretamente entendeu o Tribunal de Contas da União:

[...] não vislumbro, no texto constitucional, exigência dessa natureza. Em verdade, o que se impõe é que as admissões ou as contratações de pessoal pelos órgãos públicos

somente sejam efetivadas após autorização específica na LDO, bem como que haja dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesas de pessoal delas decorrentes (CF, art. 169, §1º, incisos I e II), não se cogitando de autorização legal para a realização do próprio concurso. (TCU, Acórdão 599/2008 - Primeira Câmara).

3 Planejamento do concurso público: requisito para se buscar a máxima efetividade do direito fundamental

A *finalidade* do concurso público, como visto, é clara: selecionar os candidatos mais aptos à ocupação de cargos efetivos e empregos públicos. Em se tratando da seleção de pessoas para *servir à sociedade* exercendo misteres públicos, o certame deve ser *planejado e organizado* para que a reposição da força de trabalho esteja sempre adequada, quantitativa e qualitativamente, à natureza e à complexidade das atividades, aos objetivos e às metas institucionais da Administração Pública.³⁴⁶ Nesse sentido, o planejamento constitui etapa fundamental para o pleno êxito do concurso público.

À semelhança dos procedimentos licitatórios, nos concursos também deve existir uma *etapa interna*, preliminar, na qual se planeja o certame e se verifica o atendimento dos requisitos estabelecidos pelo ordenamento. Essa fase inicial é constituída por atividades puramente administrativas - não necessariamente jurídicas - que tem como objetivo conceber o futuro certame e preparar sua execução para que se alcance o melhor resultado possível para a satisfação do interesse público.

Sem qualquer pretensão de exaurimento, algumas providências importantes na fase de planejamento podem ser enunciadas. Os órgãos e entidades que planejam realizar concurso público devem verificar, como providências preliminares:

- o número de cargos e empregos vagos;
- quantos servidores comissionados, contratados por prazo determinado e terceirizados desempenham funções legalmente atribuídas a cargos efetivos (deve-se aproveitar a realização do concurso para regularizar estas situações);
- quantos agentes públicos que ocupam o mesmo cargo ou emprego que será objeto do concurso encontram-se em vias de aposentadoria, sobretudo na modalidade compulsória, durante o prazo de validade do certame;
- quais são as reais necessidades quantitativas da Administração (em havendo necessidade de criação ou de extinção de cargos, deve ser elaborado o projeto de lei respectivo³⁴⁷);
- a existência de concurso anterior com prazo de validade ainda não expirado e com candidatos aprovados ainda não nomeados;
- o prazo de validade que será estabelecido, obedecendo-se o limite constitucional³⁴⁸ e os limites legais porventura existentes. Como se trata de procedimento complexo que, na maioria das vezes, acarreta gastos

³⁴⁶ Nesse sentido, a correta previsão da Portaria nº 450, de 6 de novembro de 2002, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

³⁴⁷ Ressalta-se a possibilidade de o Presidente da República extinguir, por decreto, cargos públicos vagos (art.84, VI, “b” da Constituição da República).

³⁴⁸ De acordo com o art.37, III, “o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período”.

- consideráveis à Administração, deve ser estabelecido prazo razoável que não imponha, sem justificativa técnica, a realização de novo concurso e a consequente criação de novos gastos;
- a possibilidade de obediência aos requisitos fiscais *para a futura nomeação* dos aprovados (determinados pela Constituição e pela Lei de Responsabilidade Fiscal);³⁴⁹
 - o perfil necessário aos candidatos para o desempenho das atividades, bem como a adequação desse perfil à descrição legal das atribuições dos cargos e empregos;
 - a conveniência de se executar diretamente ou de terceirizar a execução do concurso;
 - normatização das atribuições da comissão de concurso, da(s) banca(s) examinadora(s) e de qualquer órgão com competência para atuar no certame;
 - a possibilidade de se estabelecer um cronograma para as nomeações e/ou contratações, de acordo com o grau de definição das circunstâncias objetivas condicionantes (por exemplo, o atendimento dos requisitos fiscais).

4 O número de vagas

A resposta imediata e intuitiva a respeito do número de vagas que deve ser disponibilizado em cada concurso público corresponderia ao número de cargos ou de empregos públicos vagos. Contudo, a verificação dos cargos e dos empregos sem provimento é apenas a etapa inicial do planejamento das vagas que serão disponibilizadas no certame. Em se tratando de procedimento administrativo que demanda o dispêndio de vultosos recursos públicos e também de tempo considerável, é dever da Administração Pública planejar o certame para dele extrair o melhor resultado possível à satisfação do interesse público.

Com apoio nas questões enunciadas no item anterior, é importante ressaltar a possibilidade de se aproveitar a realização do concurso para corrigir irregularidades verificadas no quadro de pessoal. Com efeito, a utilização de cargos em comissão e de serviços terceirizados para o exercício de atribuições legalmente atribuídas a servidores ocupantes de cargos efetivos é irregular – por ofensa à Constituição, por parte da lei que cria cargos em comissão, ou por afronta à lei que cria os cargos efetivos, no caso da contratação – e deve ser corrigida no menor tempo possível.

É também importante verificar se o quadro de pessoal atende às necessidades atuais da Administração Pública. Sabe-se que o perfil profissional adequado para carreiras públicas pode e deve evoluir de acordo com a necessidade de nova formação e novas

³⁴⁹ Os requisitos são os seguintes: a) prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes (CF art.169, §1º); b) autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista (CF art.169, §1º); c) estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes (LRF arts.16 e 17); d) origem dos recursos para o custeio (art.17, §1º LRF); e) comprovação de que a despesa criada ou aumentada não afetará as metas de resultados fiscais, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, serem compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa (LRF art. 17§2º); e f) declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias (LRF art. 16; 17 e 21).

habilidades para bem servir o público. Em se constatando a defasagem do quadro de pessoal, sobretudo em razão da necessidade de se exigir novos requisitos para admissão, é importante iniciar o processo legislativo de alteração antes da deflagração do concurso.

Por fim, deve-se ressaltar que a regra determina o início de um concurso somente após a expiração do prazo de validade do concurso anterior. Essa regra tem sua importância renovada diante da consagração jurisprudencial do direito adquirido à nomeação dos candidatos aprovados. Admite-se, entretanto, a possibilidade de iniciar novo concurso ainda durante o prazo de validade do concurso anterior, quando todos os aprovados neste último – inclusive os constantes do cadastro de reserva – já tiverem sido nomeados. Essa possibilidade é decorrência natural do princípio da razoabilidade, sobretudo pelo fato de não existirem direitos ou interesses de terceiros a serem protegidos e pela necessidade de celeridade no provimento de cargos ou empregos.

5 O dever de nomeação e o direito dos candidatos aprovados

O concurso materializa-se em uma sequência de atos interligados destinados a identificar os mais aptos para ocupar cargos efetivos e empregos públicos. Ao iniciar um procedimento seletivo, a Administração *externaliza a necessidade de prover cargos ou empregos*. Há, mais que isso, uma clara manifestação da intenção de se preencher as posições permanentes em disputa. Como o concurso não pode ser somente mais uma via para o aumento das receitas públicas, é um contrassenso imaginar-se um certame concluído sem que os aprovados sejam, ao final, nomeados ou contratados. Tratar-se-ia de um absurdo desperdício de esforços, tempo e dinheiro. Não obstante, situações como essa caracterizariam um total desrespeito à confiança depositada pelo candidato na boa fé e na sinceridade da Administração, ferindo de morte o Princípio da Moralidade.³⁵⁰

Contudo, o *entendimento tradicional* da doutrina – consolidado, até pouco tempo, na jurisprudência – advoga que os candidatos aprovados em concurso público possuem *mera expectativa* de direito à nomeação para os respectivos cargos. De acordo com esse entendimento, a nomeação dos aprovados consiste em competência discricionária da Administração Pública, sujeita a avaliação subjetiva de conveniência e oportunidade. Esse direito surge cristalino, contudo: a) se for nomeado ou contratado, para a posição que se disputa, candidato não aprovado em concurso; b) se houver preenchimento sem observância da ordem de classificação³⁵¹ ou da ordem dos concursos realizados; ou c) se for realizada contratação precária ou temporária para o exercício das funções do cargo ou do emprego disputado.

Em recente julgamento em que se apreciou a constitucionalidade de dispositivo da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que assegurava o direito de nomeação, no prazo de 180 dias, aos candidatos aprovados em concurso, o STF reafirmou esses entendimentos e acrescentou que, mesmo assim, tais situações são “condicionadas ao querer discricionário da Administração estatal quanto à conveniência e à oportunidade do chamamento daqueles candidatos tidos por aprovados. (...) o dispositivo, embora

³⁵⁰ Além de ferir os princípios da eficiência, da boa-fé e da confiança recíproca. Em razão da estrutura dos princípios, sabe-se, a ofensa a algum deles dificilmente ocorre de forma individualizada.

³⁵¹ A Súmula 15 do Supremo Tribunal Federal preleciona: “Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem direito à nomeação quando o cargo for preenchido sem observância da classificação”.

moralizador dos concursos, vulnera a Constituição”.³⁵² O mesmo STF, entretanto, possui um relevante precedente, muito embora isolado da jurisprudência predominante naquela Corte, no qual foi asseverado que:

[...] o princípio da razoabilidade é conducente a presumir-se, como objeto do concurso, o preenchimento das vagas existentes. Exsurge configurador de desvio de poder, ato da Administração Pública que implique nomeação parcial de candidatos, indeferimento da prorrogação do prazo do concurso sem justificativa socialmente aceitável e publicação de novo edital com idêntica finalidade.³⁵³

A questão que se analisa - a existência ou não de direito à nomeação - não é meramente semântica ou acadêmica. Com efeito, o entendimento tradicional ofereceu amparo para situações de completo *desvirtuamento do instituto do concurso público*. Tornou-se relativamente comum a realização de concursos sem que, ao final, se procedesse à nomeação ou a contratação dos aprovados. Por acreditar que se tratava de competência puramente discricionária, a nomeação dos aprovados foi considerada por muito tempo ato de mera liberalidade, sem qualquer tipo de vinculação para a Administração.³⁵⁴ Essa concepção teve o demérito não só de prestar-se a propósitos escusos (como incremento na receita pública e proveito político, por exemplo), mas também de judicializar os concursos públicos, pois o judiciário era – e é – constantemente acionado para compelir a Administração a cumprir o seu dever.

Em boa hora, contudo, essa concepção vem sendo abandonada. Representando a doutrina mais atual, cite-se a correta lição de Luciano Ferraz:

[...] a aprovação no concurso público não gera simples expectativa de direito de ser nomeado ao aprovado, gera-lhe *direito subjetivo presumido à nomeação*. Com efeito, se a Administração deixar transparecer, seja na publicação do Edital, seja mediante a prática de atos configuradores de desvio de poder (contratações temporárias e terceirizações de serviço), que necessita da mão de obra dos aprovados, ou ainda se surgirem novas vagas durante o prazo de validade do concurso, a expectativa se transmuda em direito subjetivo. Vislumbra-se [...] que os aprovados no concurso possuem direito subjetivo presumido à nomeação e à prorrogação do prazo de validade, inteligência que, na prática, *transfere à Administração Pública o ônus de demonstrar, com argumentos razoavelmente aceitáveis (v.g. excesso de despesas de pessoal), os motivos que ensejaram a não adoção dessas medidas*.³⁵⁵ (destaques nossos).

³⁵² ADI 2931-RJ, Rel. Min. Carlos Britto, julgado em 24.02.05.

³⁵³ STF – RE 192568/PI, 2ª T, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 13.09.1996. p. 33241.

³⁵⁴ Não é demais ressaltar que, ainda que se tratasse de discricionariedade pura, seu *exercício é necessariamente vinculado aos princípios constitucionais*, notadamente aos princípios da isonomia e da motivação. Nessa trilha, ensina Juarez Freitas: “[...] alargam-se os horizontes de controle dos atos administrativos. *Paradoxalmente, amplia-se a sindicabilidade e a própria liberdade*, pois esta passa a ser cobrada também nos atos vinculados. O automatismo cede à liberdade que se afina com o sistema e o constitui. No exame da conveniência e de oportunidade, a discricção deverá ser examinada com o escopo de impedir que o merecimento se confunda com o arbitrio, nunca fundamentável por definição (...) pois todos os atos (e respectivas motivações) da Administração Pública devem guardar fina sintonia com as diretrizes eminentes do Direito Administrativo (em especial, aquelas agasalhadas nos arts. 37 e 70 da CF”. (FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 226).

³⁵⁵ FERRAZ, Luciano. Concurso Público e Direito à Nomeação. In: MOTTA, Fabrício (coord.). *Concurso Público e Constituição*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 255.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça evoluiu para acompanhar esse entendimento doutrinário mais avançado, de acordo com o qual *existe direito adquirido à nomeação dos candidatos aprovados em concurso, para as vagas oferecidas e durante o prazo de validade*. O entendimento hoje vigente naquela Corte determina que:

- a) “[...] o candidato aprovado dentro do número de vagas previsto no edital do certame não tem mera expectativa de direito, mas verdadeiro direito subjetivo à nomeação para o cargo a que concorreu e foi classificado”,³⁵⁶
- b) “[...] o não preenchimento de todas as vagas ofertadas dentro do prazo de validade do concurso, em razão da eliminação de candidato inicialmente habilitado dentro do número previsto em Edital, gera o direito subjetivo à nomeação do candidato classificado na posição imediatamente subsequente na lista de classificados”,³⁵⁷
- c) não tem direito subjetivo à nomeação o candidato que é aprovado acima das vagas previstas em edital de concurso cujo quadro ficou completo com a nomeação dos aprovados iniciais.³⁵⁸ No mesmo sentido, a criação de novas vagas, durante o prazo de validade do concurso público, não garante o direito à nomeação àqueles que foram aprovados fora das vagas originalmente previstas no edital do certame, por se tratar de ato discricionário da Administração, não havendo falar em direito adquirido, mas tão somente em expectativa de direito.³⁵⁹

Por último, registre-se que o Supremo Tribunal Federal, ao seu turno, ainda que em órgão fracionário, possui novo e relevante precedente em que adere à nova concepção e ressalta a importância de dar eficácia ao princípio da motivação:

NOMEAÇÃO DE APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO. EXISTÊNCIA DE VAGAS PARA CARGO PÚBLICO COM LISTA DE APROVADOS EM CONCURSO VIGENTE: DIREITO ADQUIRIDO E EXPECTATIVA DE DIREITO. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. RECUSA DA ADMINISTRAÇÃO EM PROVER CARGOS VAGOS: NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. ARTIGOS 37, INCISOS II E IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. Os candidatos aprovados em concurso público têm direito subjetivo à nomeação para a posse que vier a ser dada nos cargos vagos existentes ou nos que vierem a vagar no prazo de validade do concurso. 2. A recusa da Administração Pública em prover cargos vagos quando existentes candidatos aprovados em concurso público deve ser motivada, e esta motivação é suscetível de apreciação pelo Poder Judiciário. 3. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento”.³⁶⁰

³⁵⁶ RMS 23331 / RO; Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura; DJe 05/04/2010. No mesmo sentido: RMS 27311-AM, RMS 27508-DF, AGRG NO RMS 22568-SP, RMS 26.507-RJ, AgRg no RMS 30308, RMS 26447-MS, RMS 27575-BA, MS 10381-DF, e RMS 30459-PA.

³⁵⁷ RMS 27575 / BA, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 14/09/2009.

³⁵⁸ RMS 13963 / PB Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 12/05/2008.

³⁵⁹ AgRg no RMS 26947 / CE, Rel. Min. Felix Fischer; e EDcl no REsp 824299 / RS; Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 02/06/2008.

³⁶⁰ RE 227480 / RJ. Relator(a): Min. MENEZES DIREITO; Relatora p/ Acórdão: Min. CÁRMEN LÚCIA; Julgamento: 16/09/2008; Órgão Julgador: Primeira Turma; Publicação: DJe-157.

5.1 Cadastro de reserva e respeito ao direito à nomeação

A recente aceitação, pelos Tribunais Superiores, do entendimento de que existe direito adquirido à nomeação dos candidatos aprovados em concurso (durante o prazo de validade do certame) atribuiu novo realce à etapa de planejamento dos procedimentos seletivos. Com efeito, a determinação do número de vagas que serão oferecidas e a possibilidade de criação de um cadastro de reserva passaram a exigir maior atenção dos gestores públicos para assegurar que os quantitativos, as disponibilidades financeiras e os cronogramas da Administração sejam cumpridos. O novo realce advém do risco de se frustrar o planejamento do processo em razão de decisão judicial que determine a nomeação de candidatos em número superior ao imaginado pela Administração.

Inicialmente, há que se lembrar que o chamado “cadastro de reserva” é uma relação constituída por aprovados em concurso público em colocação superior ao número de vagas disponibilizadas no edital. É uma possibilidade que, se admitida no edital de concurso, deve ser claramente disciplinada por meio do manejo dos critérios objetivos estabelecidos para a aprovação. Para que se evite interpretações equivocadas, a propósito, é conveniente que seja expressamente limitado o número excedente de candidatos aprovados.³⁶¹

Trata-se de legítimo instrumento de planejamento, cujo uso correto contribui para o atendimento do interesse público. Com efeito, em determinados cargos ou empregos públicos a rotatividade costuma ser intensa, sobretudo em razão da remuneração pouco atrativa. Durante o prazo de validade do concurso, a instabilidade natural do quadro de pessoal de cada órgão ou entidade pode recomendar a aprovação de número excedente de candidatos para possibilitar, em momento posterior, a célere recomposição da força de trabalho.

Nas situações corriqueiras, em que se cuida do provimento de um quadro de cargos relativamente estável, a decisão de se criar ou não o cadastro de excedentes deve ser refletida e tomada tendo como parâmetro essencial dois *indicadores*: a) o número de vagas existentes; e b) o prazo de validade do concurso. Nessas situações, o cadastro deve ser previsto para que contemple número proporcional às vagas efetivamente em disputa, levando ainda em consideração a *previsão de rotatividade* durante o prazo de validade. Para a previsão de rotatividade, deve ser estimado o número de aposentadorias no período e também o número de exonerações dos novos servidores. É claro que se trata de estimativa, que pode ou não ser consumada, e que pode ser calculada observando-se o ocorrido em concursos anteriores ou mesmo em concursos semelhantes de outros órgãos ou entidades.

A *possibilidade de criação de novos cargos* durante o prazo de validade do certame, se existente, também deve ser um indicador considerado no estabelecimento do número de aprovados para o cadastro. Obviamente, se o processo de criação já foi iniciado –

³⁶¹ O critério de aprovação, por si só, é objetivo e pode não cumprir o planejamento imaginado pela Administração. Imagine que em um edital exista cláusula estabelecendo que “serão considerados aprovados os candidatos que atingirem a pontuação mínima correspondente a 51% do valor das questões”. Somente com esse critério, não se sabe quantos candidatos atingirão a pontuação mínima e, em consequência, quantos integrarão o cadastro de reserva. O estabelecimento de um limitador decididamente contribui para um correto planejamento do curso. Suponha, por exemplo, que um edital estatua: “serão considerados aprovados os candidatos que atingirem a pontuação mínima correspondente a 51% do valor das questões, até o limite correspondente ao dobro das vagas disponibilizadas neste edital”.

com o envio do projeto de lei ao legislativo, por exemplo – a previsibilidade do número excedente necessário será mais exata.

As maiores complicações, contudo, ocorrem quando se realiza concurso público *especificamente* para constituição do cadastro de reserva, ou seja, sem a identificação - no edital - do número de vagas oferecidas para provimento. Nessas situações, o edital costuma trazer cláusula esclarecendo que o certame destina-se a formar um cadastro para futuras admissões. O primeiro problema a ser superado é de ordem lógica: como o concurso possui como finalidade identificar os mais aptos para o provimento de cargos públicos, não parece fazer sentido iniciar um procedimento para *selecionar alguém para algo que não existe*. Em outras palavras, pode-se dizer que a existência de cargos constitui, em princípio, *pressuposto lógico* para a realização do procedimento de seleção.

Em situações excepcionalíssimas, entretanto, o pressuposto pode ser mitigado em prol da preponderância do interesse público no caso concreto. Em nossa opinião, pode-se admitir a realização de *concurso público exclusivo para cadastro de reserva* nas seguintes hipóteses:

- a) o processo de criação de cargos públicos já foi iniciado – com o envio do projeto de lei respectivo ao legislativo, por exemplo - mas não concluído;
- b) existência de cargos vagos na vigência de prazo de concurso anterior, cujos aprovados já foram nomeados;³⁶²
- c) existência de cargos vagos em situação de descumprimento dos limites de gastos com pessoal;³⁶³
- d) existência de cargos vagos em situação de impossibilidade do cumprimento dos demais requisitos fiscais necessários à *nomeação* dos aprovados;³⁶⁴ e
- e) existência de expressivo número de servidores na iminência de aposentadoria compulsória ou voluntária. Em se tratando de aposentadoria voluntária, é necessário que o pedido de aposentadoria já tenha sido feito e encontre-se sob análise da Administração.

Não obstante, mesmo nessas hipóteses é necessária a *obediência a dois requisitos* para que se permita a realização de um concurso específico para cadastro de reserva. O primeiro requisito é a *urgência* no futuro preenchimento dos cargos, cujo provimento deve ser feito imediatamente após o fim da causa impeditiva. Com efeito, deve-se estar diante de situação de prejuízo ou de risco ao interesse público, passíveis de agravamento com o correr do tempo. Estamos falando de cargos efetivos com atribuições ligadas à satisfação de necessidades inadiáveis da coletividade, cuja ausência ou diminuição quantitativa possa provocar prejuízo no serviço prestado ao público. O segundo requisito é o *efetivo juízo de probabilidade de cessação da causa impeditiva*. Deve existir probabilidade efetiva de que a causa impeditiva desapareça, em curto espaço de tempo, para dar lugar às admissões urgentes.

³⁶² A bem da verdade, nessa situação seria razoável entender que, mesmo não tendo sido atingido o prazo de validade, o concurso exauriu-se por perda de objeto com a nomeação de todos os aprovados.

³⁶³ Os limites para a despesa com pessoal foram estabelecidos pela Lei Complementar nº 101/00, em seus artigos 18 e seguintes. A mesma Lei estabelece, no parágrafo único do artigo 22, um limite prudencial que, se atingido, proíbe provimento de cargo público, admissão ou contratação de pessoal a qualquer título, ressalvada a reposição decorrente de aposentadoria ou falecimento de servidores das áreas de educação, saúde e segurança.

³⁶⁴ A respeito dos requisitos fiscais, vide nossos comentários constantes do item 4.

Fora dessas situações, em princípio, não parece existir sentido em realizar a seleção para cadastro de reserva. Para os demais casos excepcionais, registre-se, a Constituição da República admite a contratação temporária de agentes (art. 37, IX), com requisitos e características próprias.

O que não se pode admitir é que a previsão do cadastro de reserva seja utilizada simplesmente como meio de obscurecer o direito à nomeação dos candidatos aprovados em concurso público.

Não obstante, também devem ser considerados os efeitos dos princípios da boa-fé e da confiança. Precisando o sentido dos princípios referidos, Almiro do Couto e Silva esclarece que boa-fé diz respeito à lealdade, à correção e à lisura do comportamento das partes, reciprocamente, que devem comprometer-se com a palavra empenhada. Já o princípio da confiança é atributo do princípio da segurança jurídica, que pode ser decomposto em duas partes: uma objetiva, que cuida dos limites à retroatividade dos atos estatais, e outra subjetiva, tocante propriamente à proteção da confiança das pessoas na atuação estatal.³⁶⁵ Esclarece o autor que a proteção à confiança “a) impõe ao Estado limitações na liberdade de alterar sua conduta e de modificar atos que produziram vantagens para os destinatários, mesmo quando ilegais; ou b) atribui-lhe consequências patrimoniais por essas alterações, sempre em virtude da crença gerada nos beneficiários, nos administrados ou na sociedade em geral de que aqueles atos eram legítimos, tudo fazendo razoavelmente supor que seriam mantidos”.³⁶⁶

Jesus Gonzalez Perez, em valioso estudo, averbou:

La aplicación del principio de la buena fe permitirá al administrado recobrar la confianza en que la Administración no va a exigirle más de lo que estrictamente sea necesario para la realización de los fines públicos que en cada caso concreto persiga. [...] Confianza, legítima confianza de que no se le va a imponer una prestación cuando sólo superando dificultades extraordinarias podrá ser cumplida. Ni en un lugar que, razonablemente, no cabía esperar. Ni antes de que lo exijan los intereses públicos ni cuando ya no era concebible el ejercicio de la potestad administrativa. Confianza, en fin, en que en el procedimiento para dictar el acto que dará lugar a las relaciones entre Administración y administrado, no va adoptar una conducta confusa y equívoca que más tarde permita eludir o tegerversar sus obligaciones.³⁶⁷

Ao se conjugar, sem o intuito de separação científica, os princípios da boa-fé e da proteção à confiança,³⁶⁸ pode-se afirmar que as ações efetivadas pela Administração

³⁶⁵ Canotilho, citado por Almiro Couto e Silva, averba que “o homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito.” (COUTO E SILVA, 2004, p.10).

³⁶⁶ COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da Administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei de processo administrativo da União. *Revista Brasileira de Direito Público*, ano 1, n.6, jul-set/2004. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p.11.

³⁶⁷ PÉREZ, Jesús González. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1983, p.53.

³⁶⁸ Segundo Juarez Freitas (2004, p. 60), “Sem uma poderosa entronização do princípio da confiança nas relações de administração, até mesmo a estabilidade constitucional corre riscos na marcha rumo à efetividade. (...) o princípio da confiança do cidadão na Administração Pública, e vice-versa, deve ocupar lugar de destaque em

despertam no cidadão expectativas fundadas de que serão processadas de acordo com os princípios e regras que compõem o ordenamento jurídico. Essas expectativas são de fácil identificação: espera-se que a Administração atue de forma planejada, transparente, contínua, previsível, sem avanços muito acelerados nem retornos bruscos, sempre objetivando salvaguardar o interesse público.

Nestes termos, na preparação, na realização e no controle dos concursos públicos, deve a Administração primar pela absoluta boa-fé, *respeitando a confiança que lhe é destinada pelo cidadão*, vinculando-se estritamente às regras legalmente e normativamente regentes do certame. A confiança na atuação de acordo com o Direito posto é o mínimo que esperam os cidadãos concorrentes a um cargo ou a um emprego público.

Em conclusão, não pode a Administração buscar qualquer expediente astucioso para evadir-se do seu dever de realizar um *planejamento consistente* e transparente do concurso. A Administração tem o dever de planejar suas ações e, sobretudo, de *expor com transparência os caminhos que pretende trilhar para concretizá-las*.

Referências

ARAÚJO, Florivaldo Dutra. Concurso Público e direito à nomeação: nem tanto ao mar, nem tanto à terra. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, edição especial, p. 88.

ACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

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

BRUNO, Reinaldo Moreira; DEL OMO, Manolo. *Servidor público: doutrina e jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CAMMAROSANO, Márcio. *Provimento de cargos públicos no direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2014

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício; FERRAZ, Luciano. *Servidores Públicos na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERRAZ, Luciano. Concurso public e direito à nomeação. In: MOTTA, Fabrício (Coord.) *Concurso público e Constituição*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

FORTINI, Cristiana; MARRARA, Thiago (Coord.). Princípio da segurança jurídica e sua influência na revogação nas licitações. In: *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012

FREITAS, Juez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 2. e 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999 e 2004.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira; SILVEIRA, Raquel Dias da. In: FORTINI, Cristiana (Coord.). *Servidor Público: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Servidor Público na atualidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006.

PÉREZ, Jesús González. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1983. p. 53.

qualquer agenda baseada nos princípios fundamentais, precisando operar como um dos norteadores supremos do controle das relações de administração”.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

SILVA, Almiro do Couto. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da Administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei de processo administrativo da União. *Revista Brasileira de Direito Público*, ano 1, no 6, jul./set. 2004. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 11.

ZANCANER, Weida; MOTTA, Fabrício (Coord.). *Concurso público e Constituição*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 161-168.

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

MOTTA, Fabrício. Concursos públicos e o dever de planejamento. In: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). Problemas emergentes da Administração Pública. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. *Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 105-117.

ORGANIZAÇÃO DA FEDERAÇÃO BRASILEIRA: NOÇÕES GERAIS³⁶⁹

FERNANDO D. MENEZES DE ALMEIDA

1 Apresentação

A federação, como forma de Estado, foi adotada no Brasil desde o ato inaugural do período republicano (Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889), tendo sido mantida por todas as Constituições subsequentes (ainda que nominalmente), até a atual Constituição de 1988, que abre seu texto referindo-se no caput do art. 1º à República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

Por essa formulação, a Constituição, ao lado dos Estados, considera também os Municípios como entidades federativas, gozando de autonomia política e administrativa.

No entanto, essa autonomia goza de um estatuto jurídico peculiar em cada caso, como será visto mais adiante.

Destaco desde início, em matéria de organização federativa, o ponto da autonomia municipal, porque é em torno dele que se situam os principais problemas jurídicos no tocante ao serviço de saneamento, especialmente a partir de recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, conforme será tratado a seguir por meus colegas de painel.

Ocorre que o complexo sistema de repartição de competências na Federação brasileira não oferece resposta pronta para a compreensão da competência legislativa ou de execução, em matéria de saneamento básico.

Assim sendo, como nota introdutória aos temas específicos que serão trazidos nas falas de meus colegas, bem como aos debates que se seguirão, gostaria de fazer alguns comentários (i) sobre os critérios constitucionais de repartição de competências, (ii) sobre o sentido histórico do federalismo no Brasil e (iii) sobre uma visão crítica do tratamento dos Municípios pelo sistema constitucional vigente.

³⁶⁹ O presente texto, em parte constante de anteriores trabalhos do autor, corresponde ao material que serviu de base para sua exposição no XXVIII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, em mesa de debates que tinha por objeto o tema dos serviços de saneamento básico e problemas correlatos decorrentes da divisão de competências federativas de sua prestação e controle; e também da separação entre o espaço público e o privado. Coube ao autor, em sua fala inicial, fornecer um panorama da organização federativa do Brasil.

2 Critério de repartição de competências

Como afirma Fernanda Dias Menezes de Almeida, em obra específica sobre o tema, “a federação, a rigor, é um grande sistema de repartição de competências. E essa repartição de competências é que dá substância à descentralização em unidades autônomas”.³⁷⁰

Com efeito, a real medida da autonomia dos entes federativos e, portanto, a real medida da própria federação, é substancialmente definida pelo sistema constitucionalmente adotado para a definição das competências de cada qual.

A Constituição brasileira vigente estabelece um sistema complexo de repartição de competências, prevendo, tanto competências privativas de cada ente federativo, quanto competências compartilhadas.

Atente-se, como exemplo a ser por ora discutido, para as competências legislativas, sendo certo que também há, na Constituição, repartição de competências de execução – e que a mesma complexidade de critérios de repartição aplica-se a este outro caso.

As competências legislativas privativas da União são arroladas, por matéria, no art. 22; as dos Estados, são tratadas de modo residual – aquelas que não forem atribuídas à União ou aos Municípios – no art. 25, §1º; já as dos Municípios são previstas, não pelo critério de matéria, mas pelo da abrangência do interesse envolvido, no art. 30, I; e ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas próprias de Estados e Municípios (art. 32, §1º, já que o Distrito Federal não se subdivide em Municípios).

Dá já se percebe um certo grau de dificuldade prática decorrente da aplicação desse critério constitucional. Isso porque, ainda que se tratasse de competências ditas privativas, a invocação do “interesse local” – ou seja, interesse preponderantemente local, que pode ser tratado no âmbito municipal sem afetar a situação de outro ente da federação – pode levar a uma sobreposição em relação à “matéria” definida como de competência privativa da União. Exemplifique-se com a legislação sobre “trânsito e transporte”: a Constituição considera tal matéria de competência legislativa privativa da União, mas por certo os Municípios legislam sobre tal assunto no âmbito de seu interesse local.

Pode-se concluir, portanto, que o sentido de “privativo” em relação a determinadas “matérias” não é absoluto, de modo a que parte dessa matéria possa vir a ser tratada pelo Município no que diz respeito ao interesse local.

Já as competências legislativas concorrentes da União e dos Estados vêm arroladas, por matéria, no art. 24.

Quanto a elas, vale a regra de a União tratar de normas gerais aplicadas em todos os âmbitos da federação, além de normas específicas aplicáveis no nível da própria União.

Aos Estados cabe estabelecer normas específicas, respeitadas as normas gerais da União. Ou ainda, na ausência das normas da União, cabe aos Estados exercer plenamente a competência, isto é, editando também normas gerais para valerem no âmbito estadual, as quais perderão eficácia com a superveniência de normas federais em sentido contrário.

E aos Municípios (não mencionados no citado art. 24) cabe suplementar a legislação federal e estadual “no que couber”, o que se entende novamente com invocação do “interesse local” (art. 30, II).

³⁷⁰ *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2013, 6. ed., p.14.

Para o Distrito Federal, novamente, vale a regra de acumular competências dos Estados e dos Municípios.

Basta uma leitura singela do texto constitucional para se constatar que, na prática, a maior parte da legislação relevante para definir o ordenamento jurídico do País está fortemente concentrada na União.

O citado art. 22, *v.g.* que arrola as competências privativas da União, em seu inciso I (de um total de 29 incisos), contempla legislar sobre: “direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho”.

E mesmo em matéria de competências concorrentes, o que se verifica é que a União legisla amplamente, dando ao sentido de “normas gerais” um alcance muito elástico, o que, todavia, praticamente não é contestado pelos Estados, nem desautorizado judicialmente.

Assim sendo, via de regra, os Estados legislam apenas sobre matérias atreladas à Administração Pública estadual. Os Municípios, no seu âmbito, também legislam sobre temas relacionados à sua Administração, mas ainda acabam por legislar sobre outro tema, que interfere de modo mais direto com a vida dos indivíduos: Direito Urbanístico e política de desenvolvimento urbano (observadas, neste caso, as normas gerais da União).

Note-se, por fim, que a lei complementar prevista no parágrafo único do art. 22, e que autorizaria os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias de competência privativa da União, até hoje não foi editada. E nada indica que venha a ser num futuro próximo.

3 Federação brasileira em perspectiva histórica

É dado notório da história do Brasil que a adoção formal – frise-se o formal – da federação acompanhou o movimento da proclamação da República.

Com efeito, analisando o “corpo de doutrina” do movimento republicano, representado pelos diversos manifestos que passaram a circular, com finalidade ao mesmo tempo legitimadora, doutrinária e propagandística, especialmente a partir da década de 70 do século XIX, nota-se um discurso federalista que não encontrou correspondência na prática institucional consolidada após 1889.

Tome-se como principal exemplo o Manifesto Republicano, de 3 de dezembro de 1870, divulgado no jornal *A República*, na cidade do Rio de Janeiro, subscrito por 58 indivíduos de diversa formação profissional e variada origem provincial. Não era ainda um manifesto partidário, como os subseqüentes manifestos dos Congressos do Partido Republicano Paulista, de 1873 e de 1888; do Congresso Republicano Federal, de 1887; ou do Partido Republicano de Pernambuco, de 1888. Mas era um manifesto com uma maior consistência ideológica e maior coerência sistemática, do que outros que, em décadas anteriores, acompanharam diversas revoltas contra o regime imperial.

O Manifesto Republicano de 1870, entre outros temas, dedica um capítulo à defesa da federação.

O movimento republicano, em sua inserção mais ampla no movimento liberal, acolhia ideologicamente mais este instrumento de contenção do poder estatal: sua repartição territorial.

É certo que, houve uma grande medida de oportunismo na adesão de certas correntes republicanas ao federalismo. Porém, na mão inversa, muitos federalistas convictos abraçaram a tese do republicanismo.

Nesse contexto, abordando numa perspectiva teórica o tema da centralização *versus* descentralização, o Manifesto de 1870 associa centralização a despotismo, reforço do poder pessoal do governante, compressão da liberdade, subordinação de todos ao arbítrio de um só poder, nulificação da soberania nacional, morte do estímulo ao progresso local e sucção das riquezas peculiares das províncias. Argumentava-se, ainda, no Manifesto, em reforço a essa tese política, com a vocação natural – geográfica – do Brasil à forma federativa.

Defendia-se, pois, a autonomia das províncias, a sua desvinculação da corte, a livre escolha de seus administradores, as suas garantias legislativas por meio de assembleias próprias, a livre gestão de seus negócios e o alargamento das competências das municipalidades.

A República, portanto, nasceu federativa. A leitura literal do Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889, poderia até mesmo levar a supor um reforço da autonomia dos Estados, que foram ditos soberanos.³⁷¹

Essa “legítima soberania”, contudo, já não se afigurava tão soberana, na medida em que condicionada pelo próprio decreto fundador da República, ao menos na observância necessária da adesão à forma republicana (art. 7º).

Entretanto, desde os primórdios da República, importantes vozes da política e da doutrina jurídica esforçavam-se por defender a relevância do papel da União.

Ruy Barbosa, em célebre discurso, proferido no Congresso Nacional, em 16 de dezembro de 1890, dirigido aos “federalistas extremados” – no qual inicia por dizer “eu era, senhores, federalista, antes de ser republicano” – aponta os riscos de uma federação absolutamente original, nunca experimentada, virgem como um sonho de poeta, impecável como uma solução matemática, fechada ao ar livre da realidade, que deve saná-la, impregnando-a no ambiente da União, uma federação, em suma, encerrada implacavelmente no princípio da soberania dos Estados presos à forma federativa apenas pelas migalhas deixadas cair das sobras da sua renda na indigência do Tesouro Nacional.³⁷²

Em outra passagem, advertia:

Senhores, não somos uma federação de povos até ontem separados, e reunidos de ontem para hoje. Pelo contrário, é da União que partimos. Na União nascemos. Na União se geraram e fecharam os olhos nossos pais. Na União ainda não cessamos de estar. Para que a União seja a herança de nossa descendência, todos os sacrifícios serão poucos. A União é, talvez, o único benefício sem mescla, que a monarquia nos assegurou. [...] Para não descer abaixo do Império, a República, a Federação, necessita de começar mostrando-se capaz de preservar a União, pelo menos tão bem quanto ele.³⁷³

³⁷¹ Art. 3º. Cada um desses Estados, no exercício de sua legítima soberania, decretará oportunamente a sua constituição definitiva, elegendo os seus corpos deliberantes e os seus Governos locais.

³⁷² “Advertências aos Federalistas Extremados”, p. 62.

³⁷³ *Obras Completas de Ruy Barbosa*, v. XVII, t. I, p. 146.

Numa simplificação da linha do tempo, apenas para apontar dois períodos mais marcantes, pode-se dizer que no Governo Vargas de 1930 a 1945 e no Governo Militar de 1964 a 1985 – os quais somados, diga-se de passagem, já correspondem a quase um terço do tempo da República – a forma federativa prevista na Constituição foi norma “nominal”, para usar a difundida terminologia de Karl Loewenstein.³⁷⁴ A prática institucional revelava um Estado nacional fortemente centralizado.

O pensamento jurídico dominante no regime militar chegou até, no início da década de 70, a cunhar a eufemística expressão “federalismo de integração”, como evolução do federalismo cooperativo, para explicar a prevalência da União, visando à garantia de segurança nacional e o desenvolvimento econômico.

Enfim, ao lado da visão de segurança nacional, a reforçar naturalmente o papel da União em períodos de governos autoritários, o componente ideológico de centralização, visto como instrumento do desenvolvimento nacional, marca o panorama brasileiro após o golpe de 1930.

Com efeito, desde então, mesmo nos períodos de abertura democrática, a Federação brasileira, nunca tratou os Estados como os verdadeiros componentes da União, nem no plano normativo, nem no plano político.

No plano normativo, as Constituições Federais sempre foram pródigas na previsão de normas – tanto aquelas de conteúdo principiológico, quanto aquelas contendo detalhes operacionais – impostas aos Estados. Lembrem-se não apenas os artigos que preveem princípios de observância obrigatória pelos Estados, sob pena de intervenção federal, mas especialmente a grande quantidade de regras específicas de organização dos Estados já presentes no texto constitucional federal.

Some-se a isso a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que tende, até hoje, a fazer interpretação extensiva da Constituição de modo a impor a observância pelos Estados de normas originalmente dirigidas à União.

E no plano político, constata-se, pelo estudo de nossa história, que a União se forma não pela composição política dos Estados enquanto “pessoas políticas”, mas antes pela soma de forças político-partidárias, ou de lideranças políticas individuais, muitas vezes desconectadas do contexto estadual.

Os Estados restam como simples circunscrições eleitorais. Porém, sequer é com respeito aos limites estaduais que se organizam as bancadas no parlamento nacional – nem mesmo no Senado Federal, supostamente concebido como casa de representação dos Estados.

Diagnostica-se, pois, cronicamente, uma fraca intensidade federativa na relação da União com os Estados.

Realisticamente falando, a relação não se dá entre o todo e as partes que o formam e sem as quais o todo não existiria, como seria de se supor numa federação. A relação se dá, sim, com um ente unitário, que existe independentemente de partes, mas que faz certos acenos descentralizadores a divisões territoriais quase meramente orgânicas – umas possuindo mais, outras menos, reais condições de exercício de autonomia política.

Essa fraca intensidade federativa na relação da União com os Estados é agravada – ou seja, ainda mais enfraquecida – com o reforço da posição dos Municípios como entes da Federação.

³⁷⁴ *Teoría de la Constitución.*

4 A peculiar situação dos Municípios na Federação brasileira

A posição que se pretende sustentar nesta parte final da exposição é a seguinte: a inclusão dos Municípios como entes da Federação, pela Constituição de 1988, foi perniciososa para a garantia de sua autonomia real.

Inicialmente, destaque-se o texto dos artigos 1º e 18 da Constituição vigente:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...].

Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

Desses dispositivos, dois principais elementos chamam a atenção:

a) o primeiro é a referência do art. 1º à “união indissolúvel dos Estados e Municípios”.

Trata-se de uma afirmação que contém um sentido notadamente político, visando a destacar a elevação de relevância política que se buscou conferir aos Municípios.

Com efeito, não há que se cogitar de que esse texto supostamente descrevesse fatos históricos, como se Municípios houvessem se unido, juntamente com Estados, para formar a República Federativa do Brasil.

Do mesmo modo, não é muito factível que Municípios queiram separar-se do País, dissolvendo, ainda que parcialmente, a união, para criarem Estados soberanos.

Tratando-se, porém, da Constituição, juridicamente essa afirmação há de produzir consequências. A mais sensível delas é a indicação de uma aparente equiparação de *status* jurídico entre Municípios e Estados.

b) essa ideia é confirmada pelo segundo elemento a ser destacado: o art. 18 explicitamente confere autonomia à União, aos Estados (e ao Distrito Federal) e aos Municípios – “todos autônomos, nos termos desta Constituição”.

A partir dessa previsão constitucional, passou-se a afirmar que a Federação brasileira, diversamente das demais federações – salvo algum exemplo menos significativo, que escape à análise dos estudiosos – possui três níveis de entes autônomos, compondo o ente soberano “República Federativa do Brasil”: União, Estados e Municípios (acumulando o Distrito Federal as competências de Estados e de Municípios).

Nesse sentido, os Municípios, desde 1988, passaram a constituir entes da Federação, autônomos, assim como são os Estados e a União.

Todavia, a afirmação dos Municípios como entes autônomos, integrantes da Federação, não significa que a Constituição lhes tenha assegurado todos os elementos presentes no regime jurídico da União e no regime jurídico dos Estados.

Verifiquem-se os exemplos mais relevantes dessa distinção de regimes:

a) ao assegurar, pela primeira vez na história constitucional brasileira, a auto-organização municipal – ou seja, prevendo que a elaboração da principal norma do “ordenamento jurídico parcial” (para usar a expressão de Kelsen) municipal se dê no âmbito do próprio Município – a Constituição, porém, não

se valeu da mesma expressão: enquanto se refere às “constituições” estaduais, previu “leis orgânicas” municipais.

Trata-se, em verdade, de mero eufemismo, pois, materialmente, a lei orgânica é a constituição do Município. De fato, a lei orgânica municipal é parâmetro do controle de validade das demais leis municipais.

É verdade que a jurisprudência não descreve esse fenômeno como controle de constitucionalidade, e sim, como controle de legalidade. Mas, novamente, não se trata de distinção por um critério material, e sim, por um critério formal, cuja consequência é não se proceder a esse controle, perante a Justiça dos Estados, por meio de ação direta de inconstitucionalidade, senão pelas vias ordinárias.

b) por falar em controle de constitucionalidade, outra situação em que o regime jurídico aplicável aos Municípios afasta-se do aplicável aos Estados diz respeito ao controle de constitucionalidade, abstrato e principal, de suas leis face à Constituição Federal: quanto às leis municipais, esse controle não é possível via ação direta de inconstitucionalidade, mas apenas (e por previsão infraconstitucional relativamente recente) via arguição de descumprimento de preceito fundamental.

c) outro exemplo é não possuírem os Municípios Poder Judiciário, mas somente Poder Executivo e Poder Legislativo.

Compreende-se essa medida por razões práticas, dada a grande quantidade de Municípios existentes e as peculiaridades de alguns, que não têm densidade para configurar nem mesmo sede de comarca da Justiça Estadual.

Entretanto, essas peculiaridades – que irão justificar algumas considerações críticas a serem produzidas mais adiante – ensejariam a existência de uma estrutura jurisdicional municipal simplificada, até mesmo com caráter de jurisdição administrativa, especialmente voltada à solução de litígios envolvendo munícipes e o poder público municipal (*v.g.*, em matéria urbanística, tributária ou do poder de polícia municipal). Aliás, possuir jurisdição administrativa seria algo bastante recomendável ao Brasil – mas isso é assunto para outro estudo.

d) igualmente os Municípios não possuem Tribunais de Contas – com as exceções de São Paulo e do Rio de Janeiro, que, por preexistentes, foram preservadas pela norma constitucional (CF, art. 31, §4º).

Seu controle externo se dá pelo Poder Legislativo municipal, com auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados, ou Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios (órgãos estaduais) – salvas as exceções acima mencionadas.

e) outro ponto a ser lembrado é a submissão do ordenamento jurídico municipal não apenas à Constituição Federal, mas também, a princípios estabelecidos na Constituição do Estado em cujo território se situe o Município (CF, arts. 29 e 35). Nessa medida, ou seja, no que diz respeito à observância de normas da Constituição do Estado, o ordenamento jurídico municipal subordina-se ao estadual.

f) exemplo correlato ao anterior é a possibilidade de que os Estados promovam intervenção nos Municípios; ou a União, nos Municípios que se situem nos Territórios que porventura venham a existir.

De certo modo, essa previsão indica uma supremacia política e jurídica de Estados e da União em relação aos Municípios.

g) por fim, depreende-se da Constituição Federal uma noção de pertinência dos Municípios em relação aos Estados em cujo território se situem.

Isso não está literalmente no texto constitucional, mas aparece em algumas expressões (p. ex.: “o Estado não intervirá em seus Municípios” – art. 35; “respectivo Estado” – art. 29).

Consequência disso é o território dos Municípios estar contido pelo território de cada Estado. Isto é, não há Municípios “transestaduais”.

Outro aspecto desse mesmo ponto é a criação de Municípios dar-se, em cada caso, por decisão do legislador do respectivo Estado (art. 18, §4º).

Com todos esses exemplos, se quis demonstrar que, ainda que também autônomos, os Municípios não possuem o mesmo regime jurídico da União e dos Estados, nem o mesmo grau de autonomia.

Aliás, o art. 18 da Constituição Federal, já citado, não afirma União, Estados e Municípios como *igualmente* autônomos, mas sim, os diz “*todos autônomos, nos termos desta Constituição*”.

De todo modo, é inegável que a Constituição de 1988 tenha atendido antigo anseio de municipalistas, assegurando aos Municípios um regime jurídico de maior autonomia se comparado aos regimes das Constituições anteriores.

E o fato – tomado em tese – de os Municípios possuírem um regime jurídico diferenciado em relação aos Estados e à União não necessariamente significa comprometimento de autonomia, mas sim, adaptação à realidade.

Todavia, ocorre que, concretamente, as diferenças de regimes jurídicos entre os entes federativos, tal como estabelecidas pela Constituição de 1988, bem como a equiparação desses entes no *status* de integrantes da Federação, não contribuem para que efetivamente se pratique a autonomia dos Municípios.

Com efeito, o que se verifica quotidianamente, na grande maioria dos casos, é uma enorme ausência de autonomia real dos Municípios, decorrente de sua quase total dependência financeira dos demais entes da Federação para que possam minimamente desempenhar suas competências.

Em um aspecto, a Constituição de 1988 é causadora dessa situação, pois foi desde a vigência do texto original de seu art. 18, §4º, até que sobreviesse a emenda constitucional nº 15/96 – que o alterou, dificultando o procedimento nele previsto – que se deu a maior taxa de criação de Municípios na história do País.

Mas o comprometimento da autonomia real dos Municípios pela Constituição de 1988 não decorre somente da permissividade quanto à criação de novos Municípios.

Conforme de início proposto, a inclusão dos Municípios como entes da Federação, pela Constituição de 1988, não ajuda a melhorar esse déficit de autonomia real – ao contrário, atrapalha.

Não é condizente com a natureza das coisas que se queira igualar politicamente os Municípios aos Estados, no contexto de uma federação.

Os Estados não são mais ou menos importantes politicamente que os Municípios. Mas apenas devem exercer – e exercem, em geral – funções políticas diferentes.

Os Estados, assim como o ente que decorre de sua união – dito, pois, “União” –, constituem o espaço da política nacional, da política que contempla as questões que afetam a existência e o modo de ser do Estado soberano.

Já os Municípios são o espaço da vida política dos indivíduos, do que diz respeito à sua convivência cívica, voltada ao seu bem estar, no plano individual e no plano coletivo. Não é à toa que se repete que os “indivíduos não vivem na União, nem nos Estados, mas sim, nos Municípios”.

Em verdade, ao se fazer essa observação, se está valendo de uma metonímia, tomando por Município seu aspecto urbano. E essa ideia está essencialmente ligada à origem greco-romana das cidades ocidentais. Como nota com precisão Ortega y Gasset:

A *polis* não é primordialmente um conjunto de casas habitáveis, mas um lugar de ajuntamento civil, um espaço coutado para funções públicas. A cidade não está feita, como a cabana ou o *domus*, para proteger da intempérie e procriar, que são ocupações privadas e familiares, mas para discutir sobre a coisa pública”.³⁷⁵

Por certo que são também os indivíduos que constroem a vida política nacional, atuando em âmbito estadual e federal, e muito aproveitam, para tal fim, de sua experiência cívica desenvolvida em âmbito municipal.

Como observa Alexis de Tocqueville,

c'est pourtant dans la commune que réside la force des peuples libres. Les institutions communales sont à la liberté ce que les écoles primaires sont à la science; elles la mettent à la portée du peuple; elles lui en font goûter l'usage paisible et l'habituent à s'en servir. Sans institutions communales une nation peut se donner un gouvernement libre, mais elle n'a pas l'esprit de la liberté.³⁷⁶

Porém, ao atuarem politicamente em âmbito estadual ou federal, o enfoque e o fim a que visam os indivíduos são diversos daqueles presentes na sua atuação municipal.

Esse caráter de *celula mater* da vida política do país, no entanto, repita-se, não pode levar à confusão do papel político dos Municípios com o dos Estados membros da federação.

Por essa constatação essencial, já decorre ser natural considerarem-se os Estados como membros de uma federação, o mesmo não se passando com os Municípios. E, reitere-se, isso não é nenhuma *capitis diminutio* para os Municípios.

Pelo contrário, prever, como faz a Constituição de 1988, que os Municípios sejam entes da Federação é uma verdadeira armadilha em relação à sua autonomia real.

Com efeito, contrariando a natureza dos Municípios, sua pretensa equiparação aos Estados no contexto federativo induz à tendência, ou mesmo impõe aos Municípios, a repetição do modelo de estruturação estatal federal e estadual, notadamente no aspecto de governo.

Considerando-se que, de fato, Municípios e Estados possuem diferentes funções políticas em uma federação, por que não permitir aos Municípios que muito mais livremente escolham seu modelo de organização?

Basta verificar o exemplo da Federação dos Estados Unidos da América, em que há uma grande diversidade de modelos de gestão municipal. Apenas para exemplificar, cite-se os casos mais típicos, que comportam variantes: o *mayor-council* (em que, além de um conselho, com representantes eleitos – eventualmente de modo distrital – com atribuições legislativas; há um prefeito eleito diretamente, que em geral preside o conselho, mas concentra, de modo unipessoal, certas competências executivas, em

³⁷⁵ *A Rebelião das Massas*. (Tradução: Artur Guerra). Lisboa: Relógio d'Água, s/d (1ª ed. 1930), p. 148.

³⁷⁶ *De la Démocratie en Amérique*. Paris: Flammarion, 1981 (texto original de 1835), p. 123.

especial em matéria de polícia e gestão orçamentária); o *commission* (em que se elege uma pequena comissão que, coletivamente, exerce a função legislativa e cujos membros, individualmente, exercem cada qual função especificamente associada a temas da competência municipal); e o *council-manager* (contando com um conselho, composto por representantes eleitos, como o órgão que toma as decisões de governo, e que contrata um gerente para executar as políticas estabelecidas por aquele órgão).

Esses modelos acima citados não se encontram previstos na Constituição Federal americana – que, aliás, nem se aproxima do assunto. Isso decorre do Direito Constitucional estadual.

Nesse ponto, pensando no caso brasileiro e comparando com a previsão vigente dos Municípios como entes da Federação, há que se concluir que poderia ser mais favorável à real autonomia municipal a antiga regra – mas não sua prática de então – prevista no art. 68 da Constituição de 1891, segundo a qual “os Estados organizar-se-ão de forma que fique assegurada a autonomia dos Municípios em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse”.

Isso porque os Estados estariam mais sensíveis às realidades locais. Mas, para que isso resultasse em autonomia verdadeira aos Municípios, seria necessário que nesse caso os Estados não estivessem vinculados a seguir um modelo previamente engessado pela Constituição Federal.

Nessa lógica, seria muito adequado, por exemplo, que Municípios pudessem optar por conter uma estrutura jurisdicional, nos moldes de jurisdição administrativa, competente para solucionar conflitos relativos à interação cívica (política, administrativa, urbanística, ambiental) entre os municípios e a municipalidade.

Por outro lado, seria, contudo, também fundamental que a Constituição Federal impusesse aos Estados o dever de efetivamente assegurar a autonomia municipal.

Costumam os estudiosos da história do Brasil registrar a importância dos Municípios na formação do País, destacando sua autonomia, especialmente no tempo colonial. Mas tratava-se de uma situação de fato, não de Direito. Do ponto de vista do Direito, os Municípios, historicamente, nunca gozaram de maior autonomia.

Se a Constituição Federal quer mesmo valorizar politicamente os Municípios e garantir-lhes autonomia real – e não apenas nominal –, deveria antes, portanto, seja diretamente, seja por impor parâmetros a serem desenvolvidos no âmbito do direito constitucional estadual – melhor esta segunda hipótese, pelo seu sentido de descentralização –, estabelecer meios para que os Municípios possam estruturar-se segundo modelos mais variados e adaptados à realidade nacional, garantidas suas competências legislativas e materiais.

A verdadeira autonomia municipal, em suma, pressupõe adequação à realidade de fato, o que não pode ser antecipado, de modo geral e abstrato, segundo um modelo único aplicável nacionalmente.

Esse reposicionamento federativo dos Municípios não apenas reforçaria a relação entre Estados e União e a relação entre Estados e Municípios, como ainda colaboraria para que esta última relação deixasse de ser – como preponderantemente ainda é em muitas localidades da Federação – uma mera relação de troca de interesses eleitorais.

Uma real federação se faz pela união de Estados que, de fato e de Direito, possuam um significativo grau de autonomia.

Referências

- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 6. ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 14.
- BARBOSA, Ruy. Advertências aos Federalistas Extremados. In: PIRES, Homero. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. São Paulo: Saraiva, v. I, 1934, p. 62.
- BARBOSA, Ruy. *Obras Completas de Ruy Barbosa*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, v. XVII, t. I, 1946, p. 146.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. 2. ed., Barcelona : Editorial Ariel, 1983.
- ORTEGA Y GASSET, José. *A Rebelião das Massas*. Tradução de Artur Guerra. Lisboa: Relógio d'Água, 1998 [1930], p. 148.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *De la Démocratie en Amérique*. Paris: Flammarion, 1981 [1835], p. 123.

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

ALMEIDA, Fernando D. Menezes de. Organização da Federação Brasileira: noções gerais. In: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). Problemas emergentes da Administração Pública. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. *Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 119-129.

DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA E CONTROLE JUDICIAL

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO

1 Introdução

Poucos institutos do Direito Administrativo sofreram tão profunda e significativa mutação como o da discricionariedade administrativa. É bem verdade que aquele ramo jurídico tem recebido a influência de novos ares e novas inspirações ideológicas com o passar do tempo e com a chegada da modernidade, daí decorrendo uma nova visão que recai sobre muitos de seus institutos. Sem dúvida, a despeito de algumas resistências, o poder discricionário remanesce como uma forma de atuar do administrador público. Na verdade, é possível afirmar, sem receio de errar, que não há falar em administração pública sem considerar a discricionariedade.

Como o administrador público deve sempre desempenhar suas funções em consonância com a lei, fato que traduz a observância do princípio da legalidade, aplicável constitucionalmente a toda a Administração Pública, é evidentemente variada a postura que adota em face das respectivas normas de regência. Mas, em que pese essa grande variação, é cabível ao menos classificar essas posturas em duas categorias – uma, a que vincula o administrador aos parâmetros legais, e outra, a que permite que possa tomar decisões com base em critérios por ele mesmo definidos ao momento da prática do ato. Na primeira, não há qualquer processo de criação, ao passo que na segunda são criados os critérios e o ato neles baseado.

A postura que permite ao administrador fixar os critérios que nortearão seu comportamento - sem, contudo, agredir os parâmetros normativos a que se sujeita – espelha a discricionariedade na Administração, vale dizer, aquela margem de liberdade em sua atuação, necessária à tomada de decisões. Logicamente, a liberdade é contida e restrita, e nem poderia ser diferente ao se tratar de um agente do Estado, mas a verdade é que seria impossível que, diante de determinadas circunstâncias, o administrador público não pudesse agir racional e intelectivamente para definir os elementos mobilizadores de sua conduta. Ainda que restrita e condicionada, a discricionariedade retrata situação inafastável para quem quer que administre interesses públicos, razão por que é fora de propósito defender seu descarte.

Com o advento de novos institutos jurídicos, alguns de natureza técnica, que, de uma forma ou de outra, alcançam a discricionariedade, impôs-se uma série de outros métodos para interpretação da liberdade legal conferida ao administrador e, por via de consequência, o intérprete foi obrigado a analisar novos aspectos para um modelo mais adequado e real de controle judicial.

É com esse tom que, neste breve estudo, será desenvolvido o controle judicial no caso de discricionariedade técnica.

2 Discricionariedade

A discricionariedade, seja qual for a visão do intérprete, deve ser vista sob o prisma de um poder administrativo. E, por ser um poder de agir, traduz uma prerrogativa ontologicamente cometida ao administrador para desempenho de suas funções. Como já tivemos a oportunidade de averbar em obra de nossa autoria, é a lei que, em certos momentos, oferece ao administrador a possibilidade de valoração de sua conduta, de modo que pode “o agente avaliar a conveniência e a oportunidade dos atos que vai praticar na qualidade de administrador dos interesses coletivos”.³⁷⁷

Esses aspectos de conveniência e de oportunidade repousam na intelecção do administrador público quando a este é apresentada situação que reclama decisão cujos parâmetros de exatidão não se encontram na lei. A rigor, a valoração desses elementos é própria a todas as pessoas que precisam tomar uma decisão, inclusive os particulares, quando deparam a necessidade de tomar decisões para as quais é imperioso considerar aqueles elementos. Para o administrador público, a mesma coisa se passa. Como a lei é insuficiente para traçar com precisão todas as decisões administrativas, não haverá alternativa senão a de delegar ao agente a oportunidade de agir como um ser pensante, vale dizer, uma pessoa cujo agir não retrate a de um robô.

A fisionomia da discricionariedade não é delineada apenas na doutrina pátria. Ao contrário, a doutrina estrangeira não se furta a tecer comentários e análises sobre esse tipo de prerrogativa, alinhando a mesma ideia e os mesmos fundamentos apontados pelos autores nacionais. Na doutrina francesa, Laubadère assinala que “há poder discricionário quando a lei, tendo criado uma competência, deixa o agente livre para escolher o sentido no qual exercerá essa competência e o deixa juiz da oportunidade no que toca à medida a adotar”.³⁷⁸ Como se observa, a ideia central é idêntica. Se o legislador cria a competência sem que ele mesmo possa definir seu exercício integral, não lhe resta outro caminho a não ser o de conferir ao administrador a competência de preencher a inexatidão da lei, por meio de critérios eminentemente administrativos.

Dromi, na doutrina argentina, reforça o sentido da discricionariedade. Afirma o autor: “Quando o órgão pode decidir, segundo seu entendimento e conhecimento, se deve ou não atuar, e, em caso afirmativo, que medidas adotar, diz-se que sua atividade é discricionária”.³⁷⁹

Acrescenta o autor que a discricionariedade é uma liberdade, mais ou menos limitada, de apreciação do interesse público, com a finalidade de valorar a oportunidade

³⁷⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 28. ed., 2015, p. 51.

³⁷⁸ LAUBADÈRE, André de. *Manuel de droit administratif*. LGDJ, Paris, 10. ed., 1976, p. 90.

³⁷⁹ DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. 4. Ed. Buenos Aires: Ed. Ciudad Argentina, 1995, p. 159.

da ação e de seu conteúdo. Completa seu pensamento: “A discricionariedade é a liberdade que a ordem jurídica dá à Administração para a eleição oportuna e eficaz dos meios e do momento de sua atividade, dentro dos fins da lei”.³⁸⁰ O núcleo do sentido, como se verifica, é o mesmo, sendo sempre acentuada a situação em que o próprio legislador confere ao administrador a oportunidade de valorar sua decisão conforme as circunstâncias do caso a ser deslindado.

Em virtude da maior liberdade atribuída ao administrador para eleger os critérios que impelem sua decisão, a doutrina clássica habitualmente se preocupou em distinguir a discricionariedade e a arbitrariedade. É consagrada a advertência de Hely Lopes Meirelles: “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”.³⁸¹ A recomendação do saudoso autor é irreparável e fundada. De fato, para alguns administradores despidos de consciência cívica e da importância de seu papel, a liberdade oriunda da lei é convertida em abuso de poder – este um reflexo de mero arbítrio e de contraposição à lei. Atos arbitrários, diversamente dos atos discricionários, desafiam imediata anulação e, se for o caso, a devida punição ao agente responsável.

A atuação legítima do agente, dependendo das circunstâncias, pode classificar-se em duas categorias. De um lado, os estatutos regulam os elementos em que o órgão deve exercer o poder que lhe está confiado, determinando seu modo de atuar e o conteúdo do ato, como acentua Marcelo Caetano. Nesse caso, costuma-se dizer que se trata do poder vinculado da Administração (muito embora a restrição não indique claramente tratar-se de um poder).³⁸² Em outro cenário, como já se antecipou, a lei, incapaz de prever todo o detalhamento das condutas administrativas e a grande variedade de aspectos que sobrevêm subitamente no exercício da administração, delega ao agente a possibilidade de avaliar sua decisão mediante análise dos critérios de conveniência e de oportunidade, sempre, contudo, alvejando o interesse público. É nessa hipótese que surge o inafastável poder discricionário.

A discricionariedade, porém, não recai sobre todos os elementos do ato administrativo. Quer dizer: o administrador não é livre em relação a todos os requisitos de validade do ato. Quando se trata da competência, da finalidade e da forma, o administrador atua vinculadamente, e isso porque não pode exercer juízo de valor sobre tais elementos. O poder discricionário tem abrigo no motivo e no objeto do ato. De fato, quando o agente avalia os aspectos de conveniência e de oportunidade da conduta, a valoração recai sobre as razões que devem inspirar o ato (motivo) e sobre o conteúdo que o ato deve conter (objeto). Nesse aspecto, cabe ao administrador eleger a melhor solução a ser adotada para que profira decisão de maior valia para o interesse público.

Como se trata de atividade administrativa, a discricionariedade, por mais que permita ao agente atuar com certa liberdade em relação a determinados aspectos do ato, encontra algumas barreiras de contenção: são os limites ao exercício do poder discricionário. Um deles é a necessidade de adequação da conduta à finalidade de interesse público que a lei reclama; refugindo dessa finalidade, o ato será ilegítimo e

³⁸⁰ *Ob. e loc. cit.*

³⁸¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 127.

³⁸² CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 141.

passível de anulação. Outro limite é a verificação de congruência entre o motivo e o objeto, vale dizer, a escolha das razões precisa estar em situação de compatibilidade com o objeto da conduta.³⁸³

No que concerne ao controle judicial, doutrina e jurisprudência já deixaram assentado que o ato pode ser aferido em todos os aspectos relativos à legalidade. Assim, cabe ao Judiciário verificar se o administrador praticou o ato dentro de sua competência e se visou ao interesse público. Cabe, ainda, verificar se a forma do ato guarda adequação com a norma de regência, bem como se há veracidade no motivo e razoabilidade no objeto. Em suma, compete ao Judiciário o controle da legalidade dos atos. Como ressalva acertadamente Diógenes Gasparini, “escapa-lhe, por conseguinte, o exame do mérito do ato ou da atividade administrativa”, de modo que “os aspectos de conveniência e oportunidade não podem ser objeto desse controle”.³⁸⁴

Essas, em linhas gerais, as características que cercam o instituto da discricionariedade administrativa.

3 Discricionariedade técnica

A evolução de alguns sistemas jurídico-administrativos, em regra, provoca efeitos em vários institutos pela necessidade de sua adequação aos novos tempos, às modernas técnicas interpretativas e até mesmo a novas ideologias. Não foi diferente o que se passou com a discricionariedade. O processo evolutivo restringiu significativamente a imensa amplitude do instituto tal como visto no século XIX, de modo que a atuação do administrador, antes praticamente incontrastável, passou a ser alvo de maior controle para evitar o arbítrio administrativo e para assegurar os direitos fundamentais, nem sempre devidamente protegidos pelo amplo poder da Administração.

Mais modernamente, a discricionariedade voltou a ser analisada de um ângulo diverso em virtude da instituição do poder regulatório e da atuação das agências reguladoras. O poder regulatório foi a consequência inevitável da lentidão do exercício da função legislativa considerando a celeridade das relações sociais. O fato é reconhecido por todas as correntes de ideias, sobretudo sob a égide do Direito Constitucional, que não tiveram outro caminho senão o de aceitar que, ao lado do Poder Legislativo, pudesse o Executivo, em determinadas situações, editar também normas gerais e abstratas. Surge, então, o que se pode denominar de “função administrativa normativa”.³⁸⁵

Essa função, agora mais desenvolvida e acolhida na ordem jurídica, desaguou no que se convencionou chamar de “discricionariedade técnica”, pela qual as agências reguladoras, no desempenho de sua função técnica, teriam o poder, conferido por lei, de editar normas gerais com fundamento em conhecimentos técnicos e científicos, cujos parâmetros só remotamente se situariam dentro das restrições legais. É importante notar que a delegação do legislador ao administrador para que este edite normas de caráter geral “não está destronando a função legislativa do parlamento democrático, se

³⁸³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual...*, p. 52.

³⁸⁴ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 907.

³⁸⁵ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 106.

a lei que criou o ente regulador delegou-lhe poder regulamentar especificamente para o segmento em que atua”, como já assinalou estudioso do tema.³⁸⁶

Autorizada doutrina sustenta que a lei delegante, nos casos do sistema de regulação, tenha pouca especificidade, mas expressiva marca de abstração, devendo conter apenas os *standards* necessários à formação do conteúdo mínimo relativo aos princípios de direito e compatibilidade com a Constituição, permitindo-se ao administrador delegado editar as normas de maior especificidade, sobretudo as de caráter técnico, às quais o legislador nem sempre está bem afeito. A constitucionalidade da lei residiria na verificação dos *standards* (ou moldura legal) e de seus aspectos relacionados ao alcance, à oportunidade e à proporcionalidade, de modo que a outorga da delegação não pudesse ferir o princípio da separação de poderes, consagrado constitucionalmente.³⁸⁷

É claro que o tema tem suscitado inúmeros debates e, não raras vezes, acesas resistências, sobressaindo o argumento de que haveria no caso, delegação de poder, vedada pela Constituição. No entanto, como já consignamos em outra oportunidade, o poder regulatório retrata um poder regulamentar mais amplo, e isso em razão da natureza de seu poder normativo. Em nosso entendimento, inexistente óbice à implantação do sistema, até porque esse fenômeno, existente em outros ordenamentos e denominado de “deslegificação”, não impede a exigência de verificar-se o regular exercício da função delegada ao administrador e a ocorrência de eventual abuso, com ofensa aos paradigmas estabelecidos na lei responsável pela delegação.³⁸⁸ Alguns estudiosos denominam essa verificação de “reflexividade administrativa”, para demonstrar que se revela cabível o controle de legalidade dos atos regulatórios.³⁸⁹

É imperioso distinguir a discricionariedade administrativa e a discricionariedade técnica, já que esta traduz uma nova visão do instituto.

Na discricionariedade administrativa, o agente tem certa liberdade de fixar a consequência jurídica decorrente da coincidência entre o fato real e o pressuposto fático previsto na norma. A conduta decorre da escolha derivada da vontade, e não da inteligência, e baseia-se na ponderação dos vários fatores para que o ato vislumbre o interesse público. Há, na verdade, um juízo político de conveniência e de oportunidade.

Noutro giro, a discricionariedade técnica envolve a incidência de fatos experimentados, comprovados, de natureza científica, estando, pois, afastada a ideia de simples escolha de direções para a prática do ato. A apreciação fática pessoal do agente para o processo decisório já tem como base um fato técnico, que, por si só, não admitiria outras opções. Essa avaliação de juízos técnicos, diferentemente do que ocorre com o juízo político, sempre admite revisão.³⁹⁰

Na prática, a verdade é que nem sempre é fácil acertar na distinção. O que se nota, porém, é que o administrador, dentro do poder discricionário comum da esfera administrativa, elege um caminho a seguir, considerando aspectos eminentemente pessoais, embora considerando o alvo final, que é o interesse público. Há um juízo de maior subjetividade, dado que o agente avalia a conveniência e a oportunidade sobre aspectos na ordem social e que repercutem na esfera da Administração.

³⁸⁶ GUERRA, Glauco Martins. Agências reguladoras no Brasil: princípio da legalidade e regulação. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. (Coord.) 2. ed., *Direito regulatório. Temas polêmicos*. Belo Horizonte: Ed. Forum, 2004, p. 336.

³⁸⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 27.

³⁸⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual...*, p. 499.

³⁸⁹ GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade e reflexividade*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 223.

³⁹⁰ SOUTO, Marcos Juruena Vilella. *Direito Administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 358.

Já no desempenho do poder discricionário na área técnica, o juízo subjetivo é de menor alcance, e isso ocorre porque o administrador procede a avaliações de cunho técnico-científico, não dando ensejo à incidência de sua vontade pessoal, mas sim, dos aspectos técnicos, que se caracterizam por sua objetividade. Trata-se de escolha calcada em notória especialização e, pois, não fundada em critérios genéricos, e sim, em critérios eminentemente científicos, não alcançados por administradores voltados para a atividade rotineira da Administração.

Para exemplificar, tome-se o elenco de atribuições da ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica, criada pela Lei nº 9.427, de 26.12.1996, a quem cabe executar o poder regulatório na respectiva área, de competência da União Federal. Dispõe o art. 3º, I, que cabe à agência “implementar as políticas e diretrizes do governo federal para a exploração da energia elétrica e o aproveitamento dos potenciais hidráulicos, expedindo os atos regulamentares necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995”. Os atos regulamentares a que se refere o dispositivo resultarão necessariamente de atuação discricionária técnica, que deverá considerar logicamente as metas, políticas e diretrizes estabelecidas pelo governo federal. Ou seja, o governo fixa essas metas de forma genérica e a agência as implementa em atos regulamentares, cujo conteúdo será o produto de exame dos técnicos especializados da entidade executora.

Veja-se um outro dispositivo dentro do elenco das atribuições da ANEEL: Dita o art. 3º, XII, da mesma lei, que compete à agência “estabelecer, para cumprimento por parte de cada concessionária e permissionária de serviço público de distribuição de energia elétrica, as metas a serem periodicamente alcançadas, visando a universalização do uso da energia elétrica”. Interpretando-se o dispositivo, seria de indagar-se: quais metas? Evidentemente são aquelas fixadas pelo governo federal. Quer dizer: uma vez fixadas as metas pela União, é claro que à agência caberá estabelecer as regras complementares, que, além do alto grau de abstração e generalidade, nascerão do juízo técnico levado a efeito pelo quadro especializado da entidade.

São simples exemplos, mas que servem para demonstrar o que os estudiosos têm denominado (com algumas críticas por parte de alguns) de discricionariedade técnica. No fundo, esta é a ponderação de elementos técnicos e científicos desempenhada por administradores também de caráter técnico.

4 Controle judicial

O tema referente ao controle dos atos discricionários sempre foi estudado numa visão em que se distinguem, de um lado, o controle administrativo (ou autocontrole) e, de outro, o controle judicial.

O controle administrativo, por sua natureza, apresenta-se com maior amplitude, pois que, na verdade, é executado pela própria Administração. Ao fazê-lo, o órgão administrativo pode analisar o ato quanto à sua legalidade e quanto ao mérito. No primeiro caso, verificam-se os elementos de validade do ato, conferindo se todos estavam presentes ao momento de sua prática. Caso conclua pela inobservância de qualquer desses requisitos, a regra é que se decreta a anulação (ou a invalidação) do ato, para o fim de expungir-lo do sistema jurídico. No segundo caso, controle de mérito, o administrador reexamina os critérios de conveniência e de oportunidade que inspiraram

a prática do ato. Com efeito, há um processo revisional no que toca ao juízo político mobilizador da decisão administrativa. Significa dizer que, não raras vezes, os valores que geraram a discricionariedade do ato anterior passam a ter enfoque diverso do que havia precedentemente, e nesse aspecto caberá ao agente avaliar se mantém esses valores ou se precisa revê-los. Se necessária a modificação, o administrador executa a revogação do ato, vale dizer, decreta o seu desfazimento ante a ocorrência dos novos elementos de conveniência e oportunidade. Como registra acertadamente Edmir Netto de Araújo, na revogação “é focalizado o desfazimento de atos legais e legítimos, por razões de mérito (oportunidade/conveniência)”.³⁹¹

O controle judicial, por outro lado, não comporta tão extensa dimensão quanto ao exame do ato. A aferição dos critérios de conveniência e de oportunidade, inspiradores da discricionariedade, não pode ficar a cargo de órgãos jurisdicionais. Ou seja, trata-se de controle privativo de órgãos administrativos, e isso pela simples razão de que tal aferição retrata, à evidência, o exercício de função administrativa típica. No regime da separação de poderes, por mais que haja atualmente inúmeras arestas quanto à sua aplicação, cada função deve ser exercida pelo respectivo Poder, ressaltando-se apenas as hipóteses expressamente contempladas na Constituição.

Infere-se, portanto, que o controle judicial dos atos administrativos encontra certas barreiras no sistema normativo e no regime da separação de poderes, consagrado constitucionalmente. Seu foco básico repousa no princípio da legalidade, cabendo aos órgãos judiciais cotejar os requisitos de validade exigidos para o ato legítimo com os parâmetros estabelecidos em lei. Ou haverá a compatibilidade entre eles - e o ato será revestido de legalidade - ou não haverá - e o ato será ilegal. Assim, a discricionariedade se sujeita à apreciação judicial, “desde que não se invadam os aspectos reservados à apreciação subjetiva da Administração Pública, conhecidos sob a denominação de ‘mérito’ (oportunidade e conveniência)”.³⁹²

Se na discricionariedade administrativa a marca distintiva entre as formas de controle já assume hoje foros de consolidação, na chamada discricionariedade técnica surgem algumas dificuldades para o exercício do controle judicial. Apesar de este ser direcionado aos aspectos de legalidade, na prática, a deslegifitação acarreta complexidades no que concerne ao controle executado pelos órgãos judiciais. A dificuldade estende-se ao controle das próprias agências reguladoras, e “isso se deve, primordialmente, ao fundamento jurídico da existência das mesmas ser muito frágil e, como visto, possuir várias ramificações”.³⁹³

Não é difícil perceber que o juiz não pode adotar, diante da discricionariedade técnica, a mesma postura que usualmente assume no caso da discricionariedade administrativa, fundada em notório juízo político. De plano, a discricionariedade baseada em critérios técnicos não configura, com exatidão, um juízo de mérito, tal qual ocorre no modelo eminentemente administrativo. Os aspectos do ato suscetíveis de contraste envolvem situações específicas, como o erro de fato, a irrazoabilidade de contradição ou o conteúdo dissonante da lei. Ora, quando ocorrem esses aspectos, o controle é

³⁹¹ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1185.

³⁹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 811.

³⁹³ STUCHI, Carolina Gabas. Regulação e desregulação diante dos princípios da Administração Pública. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (Coord.). *Direito regulatório. Temas Polêmicos*. Belo Horizonte: Ed. Forum, 2. ed., 2004, p. 101.

tipicamente de legalidade, mas não afeta os elementos de convicção de que se socorreu o administrador.³⁹⁴

Ainda na esteira do que concluiu Marcos Juruena Villela Souto, “quando a ordem jurídica se remete a questões técnicas complexas de difícil compreensão ou de impossível reprodução probatória (por sua característica intrínseca), o juiz deve se contentar com o ‘juízo do tolerável’, ou seja, uma decisão motivada da Administração (já que o estado da arte ainda não permitiu a certeza absoluta)”. E remata irreparavelmente: “O juiz não pode dirimir dúvidas sobre as quais a ciência ou a técnica ainda não firmaram uma verdade universal (salvo se a técnica não foi bem utilizada – insuficiência, erro de fato, incongruência). Deve, no entanto, analisar se há transparência e coerência lógica na motivação científica, técnica ou de experiência. O controle das questões complexas deve ir até onde sejam possíveis os aspectos objetiváveis; no mais, deve se aceitar o juízo do razoável”.³⁹⁵

Tais observações persistem em sua integralidade e são adequadamente aplicáveis aos atos regulatórios dotados de discricionariedade técnica. Sob o aspecto da teoria da argumentação, a lógica que conduziu o legislador a delegar ao administrador a edição de normas calcadas em fundamentos técnicos pelo fato de aquele não ser versado no assunto, nem dispor de subsídios de ordem técnica para normatizar, é a mesma que encerra a atuação do juiz, também este desconhecedor da matéria técnico-científica. De fato, como será possível ao julgador não técnico fazer avaliações sobre fundamentos técnicos invocados por administradores também técnicos?

As agências reguladoras, a todo o momento, atuam, com base na lei que relacionou suas atribuições, com fundamento em critérios técnicos. Como já foi bem lembrado, “determinar sob qual tensão os cabos conduzirão energia elétrica, qual o melhor modelo de TV digital a ser adotado ou qual o limite admissível de risco para uma corretora de títulos ou de valores mobiliários são bons exemplos de questões aparentemente técnicas que deixam grande margem de discricionariedade ao regulador”.³⁹⁶ Esses são realmente alguns exemplos. Imagine-se, então, quantas decisões fundadas em motivação técnica não serão proferidas pelas entidades reguladoras nos vários segmentos sujeitos a marco regulatório, como energia elétrica, telecomunicações, exploração petrolífera, abastecimento de água e tantos outros do mesmo gênero.

Diante de todos esses elementos, é possível afirmar que o controle judicial da discricionariedade técnica pode obedecer a duas ordens de fatores.

A primeira consiste na ocorrência de erro de fato, que corresponde à hipótese em que o administrador busca suas razões em pressuposto de fato inexistente ou incongruente com o objeto de seu ato. Nesse caso, há evidente erro no elemento “motivo” do ato, cabendo, então, ao juiz, decretar a invalidação do ato por vício de legalidade.

O outro fator reside na verificação da proporcionalidade e da razoabilidade do conteúdo do ato praticado pelo administrador. Aqui as dificuldades são maiores, já que não se encontram padrões objetivos para a devida avaliação. Certamente o julgador, nesse caso, não vai proceder à avaliação sozinho; com toda certeza, se socorrerá de

³⁹⁴ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Op.cit.*, p. 359.

³⁹⁵ *Op. cit.*, p. 360.

³⁹⁶ PAGOTTO, Leopoldo Ubiratan Carreiro. Fundamento constitucional da atividade normativa das autarquias no direito brasileiro. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (Coord.). *Direito regulatório. Temas Polêmicos*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2. ed., 2004, p. 269.

prova técnica de sua confiança pela qual conclua, tecnicamente, ter havido medida desproporcional, porque não existe compatibilidade entre as razões e o objetivo do ato, ou irrazoável, porque inexistente padrão de sensata adequação entre meios e fins, ou ocorre intenção de escamotear dados técnicos dos destinatários da norma.

Na verdade, parece oportuno esclarecer, ainda, que será tarefa quase impossível a fixação de normas genéricas para aplicação no controle judicial da discricionariedade técnica, já que os fatores dessa ordem são apreciados pelo administrador, e não pelo juiz. Embora não se pretenda afastar o controle judicial, até porque seria impossível em nosso sistema, o melhor controle seria o da própria Administração através de seus vários órgãos internos. Infelizmente, a seriedade do controle interno não é o forte, como regra, de nosso sistema administrativo.

5 Conclusão

A discricionariedade administrativa foi tradicionalmente um instituto difícil de ser controlado sobre os aspectos relacionados aos critérios de conveniência e de oportunidade. A explicação é simples: tratando-se de critérios dotados de subjetivismo, qualquer forma de controle rende ensejo à alteração dos critérios anteriores. Em outras palavras, a modificação de um critério anterior implica fatalmente em sua substituição por aquele a quem cabe reavaliá-lo.

Por esse motivo, como deixamos assinalado acima, esses fatores de conveniência e oportunidade dos atos administrativos discricionários não podem ser, como regra, reapreciados pelos órgãos jurisdicionais. Por mais que se pretenda resistir a tal barreira, o certo é que o juiz que reaprecia valores subjetivos invocados pelo administrador procede, realmente, à sua substituição, de modo que, ao fazê-lo, atua como agente da função administrativa, e não jurisdicional.

Na discricionariedade técnica, as dificuldades são maiores. Primeiro, porque é a própria lei que delega ao administrador a possibilidade de editar atos discricionários calcados em fatores técnico-científicos. Assim, dificilmente se terá como reavaliá-los, até mesmo por falta de conhecimento adequado. E o próprio juiz, para fazê-lo, terá que fundar-se em fatos de maior objetividade: de um lado, erros quanto ao pressuposto fático apontado pelo administrador e, de outro, conteúdos ofensivos aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, matéria que, como se sabe, nem sempre é fácil de enfrentar.

Referências

- ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativa*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.
- CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28. ed., São Paulo: Atlas, 2015.
- DROMI, Roberto. *Derecho administrativo*. 4. ed., Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 11. ed., São Paulo: Saraiva, 2006.
- GUERRA, Glauco Martins. Agências reguladoras no Brasil: princípio da legalidade e regulação. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Regulatório: Temas polêmicos*. 2. ed., Belo Horizonte: Forum, 2004.

- GUERRA, Sérgio. *Discricionriedade e reflexividade*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- LAUBADÈRE, André de. *Manuel de droit administratif*. 10. ed., Paris : LGDJ, 1976.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39. ed., São Paulo: Malheiros, 2013.
- PAGOTTO, Leopoldo Ubiratan Carreiro. Fundamento constitucional da atividade normativa das autarquias no direito brasileiro. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Regulatório: Temas polêmicos*. 2. ed., Belo Horizonte: Forum, 2004.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito administrativo*. 25. ed., São Paulo: Atlas, 2012.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- STUCHI, Carolina Gabas. Regulação e desregulação diante dos princípios da Administração Pública. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Regulatório: Temas polêmicos*. 2. ed., Belo Horizonte: Forum, 2004.
- SUNDFELD, Carlos Ari - *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

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

FILHO, José dos Santos Carvalho. Discricionriedade técnica e controle judicial. In: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). Problemas emergentes da Administração Pública. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. *Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 131-140.

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO SÉCULO XXI: PLANEJAMENTO, MOBILIDADE URBANA E DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO

LÍGIA MARIA SILVA MELO DE CASIMIRO
JOSÉ PATRÍCIO PEREIRA MELO

1 Introdução

A busca por desenvolvimento socioeconômico que foi inserida na agenda da Administração Pública brasileira a partir do início do século XXI, tem estado atrelada à procura por mais e melhor qualidade de vida nos centros urbanos, crescimento econômico e provisão de bens e serviços que amparem todos os segmentos sociais. Tal desenvolvimento deve ser entendido como uma construção política de toda sociedade, um projeto social que vai além do plano econômico que, planejado, pode garantir a todos, paulatinamente, o acesso aos direitos previstos na Constituição.³⁹⁷

Os objetivos da República brasileira, descritos no texto constitucional de 1988, estão voltados para a proteção da dignidade da pessoa humana, a promoção do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e o combate às desigualdades. Tal escopo pode ser materializado, ainda que haja uma variação de região para região, com a atuação pública em áreas como habitação, saúde, meio ambiente, saneamento básico, mobilidade e lazer, por meio de ações direcionadas às necessidades dos indivíduos.³⁹⁸ Trata-se da previsão de um programa estatal voltado à realização do processo de desenvolvimento socioeconômico em que a Administração Pública possui papel preponderante, envolvendo o planejamento e a elaboração de políticas públicas para garantir acesso aos direitos sociais, econômicos e culturais, em especial no âmbito da cidade, dada a configuração primordialmente urbana da sociedade contemporânea.

³⁹⁷ ROCHA, Mirella. O mito do desenvolvimento socioeconômico do Brasil no século XXI: análise a partir dos planos governamentais da era Lula. *Temporalis*, Brasília (DF), ano 12, n. 24, p. 325-351, jul./dez. 2012. Disponível a partir de <http://3A%2F%2Fperiodicos.ufes.br%2Ftemporalis%2Farticle%2Fdownload>. Acesso em 29 de março de 2015, p. 327-333.

³⁹⁸ MAGRIN, Andréia Mara de Oliveira. Direitos humanos: alguns aspectos históricos, jurídicos e econômicos-políticos de direitos individuais, direitos coletivos e direitos difusos. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAUJO, Nádia de (Orgs.). *Os direitos humanos e o direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 291-306.

2 Direito à cidade e planejamento para o desenvolvimento

O direito à cidade passou a ser um termo utilizado por urbanistas, filósofos, sociólogos e também juristas, que identificam e reconhecem a presença da sociedade urbana construtora e destinatária de um espaço que reproduz as características das relações socioeconômicas e jurídicas. Tudo isso em um sistema econômico capitalista industrial, no qual o ser humano é idealizador e protagonista, usufruidor e vítima do território que habita, circula e trabalha. O acesso a tais atividades no território urbano, o ser e o estar, são buscas humanas consagradas como direitos e também como função social da cidade. A inacessibilidade para exercê-las é um tolhimento ao direito de cidadania.³⁹⁹

Para realizar o desenvolvimento, a partir da Constituição Federal de 1988, o planejamento passa a ser uma ferramenta essencial da Administração Pública. Tal atividade foi desatrelada formalmente da característica autoritária que a demarcou como ação administrativa em meados do século XX, para estar presente na elaboração de tarefas públicas de organização administrativa, que ofertam bens e serviços, intervenções urbanas, que promovem o uso dos recursos naturais no âmbito das cidades. As políticas públicas passaram a ser a principal forma de modificação da realidade socioeconômica, devendo estas serem entendidas e formatadas de maneira integrada, incluindo atenção com o meio ambiente natural e artificial, solo e recursos hídricos, conservação de energia, ar respirável, envolvendo e compondo a concepção do desenvolvimento socioeconômico.

Partindo de tal premissa, toda atuação interventiva por meio da Administração Pública terá impacto formal e material na piora ou na melhora da qualidade de vida de seus cidadãos e os elementos essenciais que poderão dar efetividade aos direitos fundamentais sociais, garantir eficiência aos setores produtivos para que seja possível falar em desenvolvimento resultam, em parte, de planejamento, provisão de bens e serviços públicos postos à disposição da população a partir de recursos naturais, infraestrutura e mobiliário urbano, garantindo segurança, inclusive, a jurídica.⁴⁰⁰

Sob essa perspectiva importante, pois, trazer o tema do direito à cidade e suas origens para localizá-lo nas ações públicas e na realização da ideia de desenvolvimento. Cunhado inicialmente pelo sociólogo Henry Lefebvre, o mesmo defende ser a cidade o resultado das relações políticas, econômicas e culturais dos seres humanos, em um espaço dinâmico onde há grande integração material com o território ocupado.⁴⁰¹

Ao analisar-se o processo de industrialização da sociedade capitalista, a cidade é, contemporaneamente, o resultado do processo em que, a população inserida no contexto da urbanização, do crescimento econômico e da vida social, concentrou-se em volta dos locais onde poderiam exercer suas atividades laborais, gerando um alargamento do tecido urbano que, além de estender-se, adensou-se.⁴⁰²

Compreendida como um sistema de elementos com a finalidade de garantir estabilidade, proteção e satisfação ao ser humano, a cidade é vista como a configuração

³⁹⁹ HEIDEGGER, Martin. *Construir, Habitar, Pensar*. Trad. de Marcia Sá Cavalcante Schuback, In: http://www.prourb.fau.ufrj.br/jkos/p2/heidegger_construir,%20habitar,%20pensar.pdf, p.1. Acesso em 20 de fevereiro de 2015.

⁴⁰⁰ 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, p. 133- 168, jul./set. 2013, p. 150-151.

⁴⁰¹ LEFEBVRE, Henri. *O Direito à Cidade*. Tradução de Rubens Frias. 1. ed., São Paulo: Editora Moraes, 1991.

⁴⁰² LEFEBVRE, Henri. *O Direito à Cidade*. p. 10.

de uma associação de pessoas que se relacionam em função de seus interesses na busca por viver bem.⁴⁰³ Em sendo assim, as necessidades básicas dos grupos residentes em cidades foram se conformando naquilo que Le Corbusier⁴⁰⁴ - autor de grande referência para o urbanismo - identificou como funções sociais da cidade, permitindo identificar mais fortemente o que contém a noção de direito à cidade.

As funções sociais da cidade foram listadas formalmente na década de 1930, a partir do pensamento de Le Corbusier, no entanto, Max Weber contribuiu significativamente com tais ideias ao avaliar a funcionalidade urbana sob a perspectiva econômica, reforçando que a indústria e o comércio são as principais formas de subsistência de seus habitantes, afastados que estão da agricultura.⁴⁰⁵ Seu pensamento também influenciou na identificação sociológica do termo cidade.

No entanto, é durante o IV Congresso Internacional de Arquitetura Moderna, ocorrido em 1933, em Atenas, que foi elaborado um texto conhecido como Carta de Atenas, onde foram indicadas as funções elementares do centro urbano: a habitação, o trabalho, a recreação e a circulação.⁴⁰⁶ No ano de 1998, uma nova Carta de Atenas foi apresentada à comunidade internacional e adotada pelo Conselho Europeu de Urbanistas, prospectando as cidades europeias para o século XXI, defendendo a existência e a funcionalidade das cidades em rede, que deveriam ser coerentes com as necessidades de seus cidadãos.⁴⁰⁷ Em 2003, essa carta sofreu nova revisão em Lisboa, Portugal, recebendo o nome de Carta Constitucional de Atenas 2003 – A visão das Cidades para o Século XXI do Conselho Europeu de Urbanistas.

A Carta de Atenas 2003 propõe uma rede de cidades que possa “conservar a riqueza cultural e a diversidade, construída ao longo da história; conectar-se através de uma variedade de redes funcionais; manter uma fecunda competitividade, porém, esforçando-se para a colaboração e a cooperação e contribuir para o bem-estar de seus habitantes e usuários”.⁴⁰⁸

A cidade coerente da nova Carta pode ser compreendida no formato da *urbes* sustentável que se pretende desenvolvida e acessível a todos, coerente com a previsão de direitos fundamentais no Brasil. Dentre os itens contidos nessa ideia estão o planejamento, a ser encampado pelo poder público, atento aos recursos ambientais não renováveis, as questões que envolvem atividade econômica, mobilidade, promoção do senso de comunidade pela ocupação dos espaços, dentre outros, bem como a atenção à saúde e à segurança da população.⁴⁰⁹

É possível dizer que as diretrizes contidas nesse documento direcionam para um desdobramento do alcance material das funções da cidade em consonância com o uso racional dos recursos, indicando que é necessário planejamento para enfrentar as

⁴⁰³ 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.

⁴⁰⁴ LE CORBOUSIER. *Planejamento urbano*. São Paulo: Perspectiva, 1971. p. 30

⁴⁰⁵ WEBER, M. *La ciudad*. Madri: La Piqueta, 1987. p. 4.

⁴⁰⁶ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 29-30.

⁴⁰⁷ MARRARA, Thiago. *Bens Públicos: Domínio Urbano: Infraestruturas*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 248.

⁴⁰⁸ LA NOUVELLE CHARTE d'ATHÈNES, 2003, disponível em www.ceu-ectp.org. Acessado em 20/02/2015.

⁴⁰⁹ KANASHIRO, Milena. Da antiga à nova Carta de Atenas: em busca de um paradigma espacial de sustentabilidade. *Desenvolvimento e Meio Ambiente*, n. 9, p. 33-37, jan./jun. Curitiba: Editora UFPR, 2004, p. 35.

questões que impedem o usufruto das várias dimensões de direitos fundamentais, os quais dialogam diretamente com o comportamento da Administração Pública e com a noção de direito à cidade.⁴¹⁰

Por meio do ordenamento jurídico brasileiro, o direito à cidade está firmado a partir de prescrições constitucionais e infraconstitucionais tais como os artigos 1º a 3º, o artigo 6º, 20, inciso IX, 21, incisos XVIII, XIX, XX, 182, caput, o artigo 225 da Constituição Federal de 1988 e a Lei nº 10.257/2001, o Estatuto da Cidade. A vida nas cidades brasileiras está balizada por definições legais que direcionam juridicamente o uso e a ocupação de seu território, definindo a presença e a importância das funções sociais da cidade, bem como a oferta de bens e de serviços que atendam os interesses e as necessidades da população em equilíbrio com o meio ambiente.⁴¹¹

Reforçando tal ideia, a legislação brasileira impõe uma série de ações a serem executadas pela Administração Pública, partindo de um comando para o planejamento público, sempre envolvendo a presença de serviços públicos, bem como infraestruturas e mobiliários urbanos.⁴¹² Todos se materializam por meio de planos municipais, estaduais e regionais em que o Plano Diretor municipal é a principal referência, como descrito pelo texto constitucional no artigo 182.

A cidade, então, está no centro dos debates sobre o direito ao desenvolvimento e o direito à autodeterminação, devido à sua importância econômica, social e cultural, seja em âmbito metropolitano, regional, nacional ou internacional. O cidadão espera que o espaço citadino ofereça condições e oportunidades equânimes independentemente de suas características sociais, econômicas, culturais e religiosas, o que envolve investimentos e intervenções, públicas e privadas, que garantam meios de acesso a bens, recursos, serviços e oportunidades para todos.⁴¹³ Trata-se do direito à cidade que deve permitir a todos crescer e desenvolver-se, circular, habitar, trabalhar, buscar ser feliz.⁴¹⁴

Sendo assim, os ajustes para que a cidade funcione, promova acesso a direitos se dá, essencialmente, na construção, na transformação/readequação do território, na prestação de serviços e na oferta de oportunidades, tendo o planejamento como referência.⁴¹⁵ As ações interventivas, públicas e privadas, devem encarar a cidade como um organismo vivo que não existe dissociado das necessidades de seus habitantes, pois representa para os mesmos um conjunto de valores materiais e imateriais a compor e a sedimentar a ideia de bem estar social propalada na Constituição Federal de 1988.

O Direito à Cidade compreende o acesso igualitário e geral universal aos bens, serviços públicos e equipamentos urbanos, que de maneira planejada promoverão acesso à terra urbanizada, melhores condições de moradia, usufruto do meio ambiente sadio, lazer, transporte de qualidade, saneamento, acesso à educação e à saúde.⁴¹⁶

⁴¹⁰ KANASHIRO, Milena. Da antiga à nova Carta de Atenas: em busca de um paradigma espacial de sustentabilidade, *Op. Cit.*, p. 36-37.

⁴¹¹ SANT'ANNA, Mariana Senna. Planejamento urbano e qualidade de vida: da Constituição Federal ao plano diretor. In: DALLARI, Adilson; DI SARNO, Daniela Campos Libório. *Direito Urbanístico e ambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 52.

⁴¹² MARRARA, Thiago. *Bens Públicos: Domínio Urbano: Infraestruturas*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 242.

⁴¹³ OSÓRIO, Letícia Marques. Direito à cidade como direito humano coletivo. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia. *Direito Urbanístico: estudos brasileiros e internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 196-197.

⁴¹⁴ GABARDO, Emerson. *Interesse Público e subsidiariedade*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 358.

⁴¹⁵ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 26-27.

⁴¹⁶ SAULE JUNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2004, p. 212.

Para que a cidade consiga ser *locus* do exercício de tais funções, complexas diante do número de pessoas nela sediadas e que por ela circulam, é preciso incorporar uma nova concepção de atuação pública, eficiente, proba e democrática, envolvendo, inclusive, uma gestão que atue para além do limite geográfico de cada município.

Tal concepção deve estar baseada em planejamento, participação social, gestão democrática e promoção da justiça social, reconhecendo a presença de todos os habitantes, incluindo-os como protagonistas e destinatários da justa distribuição de mobiliários e de serviços urbanos.

O planejamento não é mais uma opção do administrador, que deve fazê-lo no exercício da sua função vinculada à execução de ações em prol do interesse público. A questão é como obrigar ao planejamento que inclua a participação de todos os interessados no mesmo. A Administração Pública deve investir em gestão participativa e na disponibilização de informações para todos.⁴¹⁷

O balizamento das ações a serem desenvolvidas na urbe necessita ser concebido e promovido por uma atuação pública integrada e global, propiciando a realização do acesso à terra urbana estruturada ambientalmente, enfrentando também as causas da insalubridade que tanto maltratam a população hipossuficiente. O contrário de ser vista tão somente como um ajuntamento de lotes protegidos pelo direito de propriedade, em que a intervenção estatal se dá meramente por meio de limitações administrativas e pelo poder de polícia.

Os programas de ações governamentais que dão cumprimento às tarefas de responsabilidade do Estado prescindem do planejamento, um processo institucionalizado com fundamentos jurídicos na Constituição Federal de 1988, obrigatório aos que exercem a função pública executiva.⁴¹⁸ Sem planejamento, o Município não consegue identificar e aplicar recursos públicos em demandas reprimidas, bem como não elabora instrumentos eficazes que auxiliem na transformação da realidade existente, definindo os caminhos e objetivos específicos da atuação pública.⁴¹⁹

Para Eros Grau, o planejamento, que necessita de compreensão sobre as funções distintas que exerce para o Estado, seria uma forma racional de previsão de comportamentos, econômicos e sociais futuros, pela formulação de objetivos e definição de meios de ação coordenados explicitamente.⁴²⁰

O planejamento tem como elementos a finalidade e a instrumentalidade. É um processo político que visa o alcance de melhoria de algo, bem como serve de instrumento para alcançar a maior efetividade possível no empreendimento das ações executadas para tal fim.⁴²¹

Trata-se de uma atividade que envolve técnica e política, voltada para o presente e para o futuro, buscando prever e lidar com o espaço público e seus atores, bem como com a evolução das relações sociais, culturais e econômicas.⁴²² O planejamento também poderá

⁴¹⁷ MELO, Lígia. *Direito à Moradia no Brasil: Política Urbana e acesso por meio da regularização fundiária*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 59.

⁴¹⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 38.

⁴¹⁹ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 95.

⁴²⁰ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 309-310.

⁴²¹ BAPTISTA, Myrian Veras. *Planejamento social: intencionalidade e instrumentação*. São Paulo: Veras Editora, 2013, p. 17.

⁴²² BAPTISTA, Myrian Veras. *Op. Cit.*, São Paulo: Veras Editora, 2013, p. 18-19.

umentar a capacidade de eficácia das decisões,⁴²³ aferir problemas e dificuldades diante de situações que recebem o influxo de variadas condições socioeconômicas e ambientais.

Não se pode olvidar que, atrelado aos elementos que estão na ordem do dia da cidade, tem-se as diferenças locais e regionais bem como a migração entre localidades e regiões, de maneira sazonal, e que muito podem impactar na dinâmica de uso e ocupação dos espaços, bem como dos serviços a serem prestados.⁴²⁴ Avaliando tal dinâmica, não só o planejamento é necessário, mas uma reflexão aguçada que envolva debates públicos, anteriores a tomada de decisões e ações para garantir a eficiência e a eficácia das ações administrativas para o usufruto dos direitos fundamentais.⁴²⁵

E que é usufruto? Aquele que deveria ser ofertado a partir da realização de um conjunto de políticas públicas inclusivas, que por sua vez serão efetivas se resultantes de uma atividade de planejamento elaborada e posta em prática, em diálogo com a sociedade.

O planejamento deve ofertar dados, objetivos e subjetivos, elementos para apreciação de situações reais pelos gestores, bem como destacar e envolver questões tais como intervenções e ampliação do tecido urbano e seu impacto em mananciais e estruturas de abastecimento de água; na malha viária já existente, para o serviço de transporte público e quanto ao índice de poluição atmosférica; nas condições de habitabilidade em determinados bairros.

Os dados e os elementos elencados no planejamento têm uma função estratégica,⁴²⁶ aproximada, tanto do contexto da programação financeira estatal, quanto no contexto das relações sociais e econômicas da própria sociedade. Diante das previsões constitucionais de 1988, o planejamento é fundamental para indicar o caminho a ser percorrido pelo poder público na concretização das necessidades do cidadão e por isso mesmo necessário que se construa e materialize amparado no veio da democracia participativa.⁴²⁷ Como falar em cidade funcional, Município desenvolvido, sem dialogar com o cidadão?

Um momento antes de implementar tais atividades públicas também é preciso reconhecer que o processo de integração entre políticas públicas, pelo qual se materializa a feição da cidade, configura um campo de forças complexo e conflituoso, concebido historicamente por objetivos, processos concretos e mecanismos políticos institucionais específicos. Se se trata de um desafio prático vincular o planejamento à participação da sociedade, ainda é, também, um grande desafio garantir a simultaneidade necessária de resolução de demandas urbanas e garantia de sustentabilidade, sobretudo no que toca a duas das funções sociais da cidade, a habitação e a mobilidade urbana de grande parcela da população nas cidades.

⁴²³ MOTTA, Paulo Roberto. *Gerenciando o futuro: a conquista da visão estratégica*. Rio de Janeiro: Record, 1991, p. 19.

⁴²⁴ CUNHA, José Marcos Pinto da. Migração e urbanização no Brasil: alguns desafios metodológicos para análise. *São Paulo Perspec.* [online]. 2005, vol. 19, n. 4 pp. 3-20. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_art.text&pid=S0102-88392005000400001&lng=en&nrm=iso. Acessado em 22/02/2015.

⁴²⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. A eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *RDP* 57-58, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 243.

⁴²⁶ SOUZA, Hebert. *Como se faz análise de conjuntura*. Petrópolis: Vozes/Ibase, 1984, p. 17.

⁴²⁷ Para Regina Maria Macedo Nery Ferrari, “a Democracia corporifica-se como um processo dinâmico, próprio de uma sociedade que aceita o desenvolvimento do cidadão, proporcionando sua participação no processo político em condições de igualdade, o que se reflete no campo econômico, político, social e jurídico” (FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Participação democrática: audiências públicas. In: CUNHA, Sérgio Sérulo; GRAU, Eros Roberto (orgs.) *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 325-351. p. 331).

3 A racionalidade do planejamento para o desenvolvimento socioeconômico por meio da mobilidade urbana

O planejamento estatal se caracteriza por uma orientação finalística na medida em que intenciona concretizar finalidades públicas com objetivos específicos a nortear o agir estatal.⁴²⁸ Para tanto, o desenvolvimento socioeconômico seria, racionalmente, a orientação finalística pública constitucionalmente definida, com o objetivo específico de melhorar a qualidade de vida dos cidadãos brasileiros.

Sendo a mobilidade urbana um dos fenômenos mais importantes da sociedade contemporânea, reconhece-se que se trata de elemento fundamental da dinâmica socioeconômica, como meio utilizado para acessar serviços e/ou bens, ocupando uma posição de destaque nos processos de desenvolvimento. Os deslocamentos tidos como pendulares, transnacionais e de curta duração em grandes distâncias têm tido impactos cada vez mais significativos na dinâmica socioespacial contemporânea.⁴²⁹

A mobilidade urbana é a possibilidade real das condições de deslocamento das pessoas dentro do território urbano,⁴³⁰ ainda que os mesmos lá não habitem, permitindo que os cidadãos possam realizar suas necessidades e acessar bens e serviços, sejam os mesmos públicos ou privados. O fenômeno da mobilidade envolve uma série de fatores e processos distintos que estão, ao mesmo tempo, na base estrutural do sistema produtivo e no cotidiano vívido das pessoas, englobando todo o sistema de transportes e a gestão pública desses espaços, passando pela forma de ocupação do espaço urbano e as interações espaciais que envolvem, por exemplo, as dinâmicas de migração.

E mais, a rotina do cidadão urbano tem se caracterizado pelo intenso uso do transporte motorizado e todos os efeitos que pode representar na vida da população urbana, com destaque para os problemas ambientais, a perda de tempo, individualmente considerada, bem como o aumento de acidentes de trânsito.⁴³¹ Aliado a tais condições, tem-se a deficiência do transporte público, ausência de investimentos nos corredores de circulação motorizada atrelado ao alto custo do serviço para o cidadão, tem ainda o acesso precário da população de baixa renda aos equipamentos e a serviços públicos, a degradação ambiental - que tem acompanhado o desenvolvimento urbano -, afetando todos os cidadãos, de forma especial, os que habitam na periferia das grandes cidades.

Racionalmente, é possível dizer que a mobilidade nas cidades encontra-se cada vez mais reduzida ainda que a funcionalidade social da cidade tenha na mobilidade urbana um de seus atributos.⁴³² A característica funcional resulta da sua representatividade para a sociedade, já que, para se atingir o desenvolvimento, a capacidade de deslocamento

⁴²⁸ MOTTA, Fabrício. Cargos, empregos e funções públicas. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício; FERRAZ, Luciano (Org.). *Servidores Públicos na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 11.

⁴²⁹ MARANDOLA JÚNIOR, Eduardo. Novos significados da mobilidade. *Revista brasileira Estudos de População*, São Paulo, v. 25, n. 1, p. 199-200, jan./jun. 2008. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_art_text&pid=S0102-30982008000100013&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em 29 de março de 2015, p. 198.

⁴³⁰ GUIMARÃES, Geraldo Spagno. *Comentários à Lei de Mobilidade Urbana: Lei nº 12.587/12: essencialidade, sustentabilidade, princípios e condicionantes do direito à mobilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 91.

⁴³¹ CARVALHO, C. H. R., PEREIRA, R. H. M. Gastos das famílias brasileiras com transporte urbano público e privado no Brasil: uma análise da POF 2003 e 2009. *Texto para Discussão 1803*. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. Brasília, 2012.

⁴³² BALBIM, R. et all. - TRANSPORTE INTEGRADO SOCIAL – UMA PROPOSTA PARA O PACTO DA MOBILIDADE URBANA. Nota técnica nº 4 DIRUR/IPEA, Brasília, 2013.

do cidadão é fundamental.⁴³³ Transitar, trafegar, circular, para ir ao trabalho, à escola, ao centro de compras, aos serviços de saúde ou por lazer são ações inerentes ao ser humano e elementares ao bom funcionamento das cidades, que podem garantir qualidade de vida, acesso a oportunidades de crescimento social e econômico, o que envolve, tanto quem reside na zona rural, quanto quem reside na zona urbana.⁴³⁴

Sendo assim, pode-se dizer que a mobilidade é consequência de intervenções públicas e de comportamentos privados e públicos, o que envolve oferta adequada de serviços de transporte, infraestrutura viária, equipamentos públicos, escolhas por modais sustentáveis, bem como ciência das necessidades dos cidadãos para a promoção do acesso às condições de mobilidade. A mobilidade é um bem a ser ofertado pelo Poder Público com a participação de toda a sociedade.

A Lei nº 12. 587/2012 que trata da política sobre mobilidade urbana traz em seu bojo, especificamente, a definição do Sistema Nacional de Mobilidade Urbana indicando-o como o conjunto organizado e coordenado dos modos de transporte, de serviços e de infraestruturas que garantam os deslocamentos de pessoas e cargas. Trata-se de significativo ganho para a política urbana, conformando a atuação pública no processo de desenvolvimento com a nomeação do sistema de mobilidade urbana a partir da denominação dos modos cabíveis e necessários.

Para pensar na eficácia do sistema de mobilidade que garanta o funcionamento da cidade de maneira sustentável, parte-se da ideia de que é preciso pensar no que necessita e deseja a população, bem como qual a dimensão que deve ter as ações promotoras de acesso e quais os impactos disso para o meio ambiente.

O planejamento é o principal instrumento para viabilizar políticas públicas de garantia da mobilidade. A exigência de planejamento, que é concomitante com a atuação ativa do Estado no domínio econômico-social, impõe-se como mecanismo essencial de organização estatal, determinante para os investimentos na área, propulsor para o desenvolvimento e para o controle das ações que envolvem posturas mitigadoras dos impactos socioambientais.⁴³⁵

Para tanto, seria necessário encampar um processo que tivesse como personagem central a população, ofertando-lhes alternativas que vão desde o melhoramento tecnológico do serviço de transporte público e privado, incluindo os bens utilizados para tal prestação – os ônibus, vans, táxis – que emitem gás poluente, até o planejamento específico do uso e ocupação do território que privilegiasse as características e a vocação da cidade.

E como as cidades brasileiras têm as mais variadas configurações, dentre elas merecem atenção as componentes de região metropolitana e aquelas que são centro de turismo sazonal, por exemplo, as listadas especialmente pelo Estatuto da Cidade, no artigo 4.⁴³⁶ Um processo de planejamento com a finalidade de promover desenvolvimento socioeconômico deve se concentrar em melhorar a oferta de serviços,

⁴³³ GUIMARÃES, Geraldo Spagno. *Comentários à Lei de Mobilidade Urbana: Lei nº 12.587/12: essencialidade, sustentabilidade, princípios e condicionantes do direito à mobilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 92.

⁴³⁴ DI SARNO, Daniela Campos Libório. *Elementos de Direito Urbanístico*. Barueri: Manole, 2004, p.14.

⁴³⁵ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. O planejamento do Serviço Público de Saneamento Básico na Lei nº 11.445/2007 e no decreto nº 7.217/2010. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *Estudos sobre o marco regulatório de saneamento básico no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 226.

⁴³⁶ Art. 41. O plano diretor é obrigatório para cidades: I – com mais de vinte mil habitantes; II – integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas; IV – integrantes de áreas de especial interesse turístico; In: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm. Acessado em 25/02/2015.

como o de transporte público, garantir circulação e acessibilidade na cidade e entre cidades, envolvendo qualidade e eficiência na prestação do serviço.⁴³⁷

O planejamento deve resultar em planos conectados por meio de políticas públicas que se apresentam como escolhas objetivas para a construção de alternativas capazes de contemplar todos os interesses em sua dupla dimensão: as demandas socioeconômicas de circulação, trânsito e tráfego, e de busca por qualidade de vida urbana, o que envolverá necessariamente proteger os recursos naturais no presente e para o futuro.⁴³⁸

Para a mobilidade urbana, o planejamento deve considerar o fenômeno da expansão urbano territorial, o uso e a ocupação da cidade, a população e suas características, reconhecendo que a mesma, para além dos limites formais federativos, é palco de pressões que envolvem o mercado, as relações políticas, públicas e privadas, sendo (re)desenhada pelo comportamento (in)consciente de quem dela usufrui.⁴³⁹

Para o desenvolvimento socioeconômico, o planejamento deve estar estruturado de tal maneira que envolva o estudo da situação e das condições de deslocamento, bem como das possibilidades existentes de intervenção atrelados aos estudos de viabilidade e de interesses da comunidade. Sem dados e elementos objetivos, o conjunto de informações que auxiliam no processo de planejamento pode se desconectar da realidade e o enfrentamento das questões que envolvem a complexidade urbana não conseguirá promover o desenvolvimento e melhorar a vida dos cidadãos.

Segundo Rafael Barczak e Fábio Duarte,⁴⁴⁰ é possível atuar de forma mitigadora nos impactos ambientais gerados pela mobilidade urbana com o planejamento e o desenho urbano de redistribuição espacial da ocupação do território, o reordenamento ecológico e com mudanças nas formas e padrões de consumo, que tem incluído a cidade como bem a ser negociado e consumido, pressionando os recursos ambientais urbanos.

Reitera-se que o planejamento é, também, uma atividade jurídica, que respalda e vincula a atuação pública de controle, regulação e intervenção no território da cidade.⁴⁴¹ Seu papel de instrumentalizar as políticas públicas urbanas é também um requisito procedimental para garantir a atuação do poder público, que tem por dever, tanto promover o acesso aos direitos, quanto resguardá-los. Promover o direito à cidade sustentável, garantir a mobilidade em cidades pequenas, médias e grandes é promover desenvolvimento. Trata-se de um desafio a ser encampado por cada um dos gestores públicos brasileiros, inserido na compreensão do dever de promoção e de proteção do interesse público.

⁴³⁷ BARCZAK, Rafael; DUARTE, Fábio. Impactos ambientais da mobilidade urbana: cinco categorias de medidas mitigadoras. *Revista Brasileira de Gestão Urbana*, v. 4, n. 1, p. 13-32, 2012. Disponível em: <http://www2.pucpr.br/reol/pb/index.php/urbe?dd1=6027&dd99=view&dd98=pb>. Acessado em 25/02/2015.

⁴³⁸ LUFT, Rosângela Marina. *Políticas Públicas Urbanas: premissas e condições para a efetivação do direito à cidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 153.

⁴³⁹ Ferreira, J. *O mito da cidade global: o papel da ideologia na produção do espaço urbano*. São Paulo: Vozes/Editora da Unesp/Anpur, 2007, p. 221.

⁴⁴⁰ BARCZAK, Rafael; DUARTE, Fábio. Impactos ambientais da mobilidade urbana: cinco categorias de medidas mitigadoras. *Revista Brasileira de Gestão Urbana*, v. 4, n. 1, p. 13-32, 2012. Disponível em: <http://www2.pucpr.br/reol/pb/index.php/urbe?dd1=6027&dd99=view&dd98=pb>. Acessado em 25/02/2015.

⁴⁴¹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. O planejamento do Serviço Público de Saneamento Básico na Lei nº 11.445/2007 e no decreto nº 7.217/2010. In. OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *Estudos sobre o marco regulatório de saneamento básico no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 228.

A racionalidade do planejamento está configurada em previsões constitucionais e infraconstitucionais vinculadas ao desenvolvimento como instrumento para sua promoção, que a Administração Pública não pode deixar de observar.⁴⁴²

Entende-se que não se trata de uma escolha do gestor, mas de um dever que se justifica na própria função pública, em que a mobilidade se enquadra como objetivo a ser atingido no âmbito da atuação da Administração Pública em uma sequência que envolve planejamento, políticas públicas e ações interventivas. No campo prático, o gestor se confronta com a necessidade de garantir a realização da mobilidade urbana a partir da utilização de recursos escassos, sejam os financeiros, os materiais ou os ambientais, envolvendo interesses diversos e complexos que exigem uma tomada de decisão. A realidade social é dinâmica e o desenvolvimento não se dá sem essa funcionalidade urbana.

A própria mobilidade passa a ser um bem econômico quando o cidadão tem que racionalizar e ordenar seus movimentos de deslocamento. Passa a ser também um objeto de desejo, para além de uma necessidade que se pode vincular à ideia de dignidade da pessoa humana ao relacioná-la à perspectiva do desenvolvimento humano.⁴⁴³

4 Considerações finais

No Estado brasileiro, o ambiente da cidade assume um papel preponderante e elementar na busca pelo pleno desenvolvimento. A função social da cidade e o direito de todos a usufruir da oferta de seus característicos bens e serviços passaram a ser um valor social.⁴⁴⁴ As políticas públicas para o desenvolvimento socioeconômico devem respeitar as necessidades sociais, sendo fundamentais para a transformação da realidade humana, vinculando a sociedade – produtora e produto da cidade - e suas demandas às ações estatais.

Sendo assim, o planejamento, traço característico de uma atuação administrativa eficiente, impessoal, proba, democrática, tem papel preponderante na promoção e na proteção dos direitos.⁴⁴⁵ Trata-se de um instrumento pelo qual a ação administrativa do Estado pode dar cumprimento ao seu mister constitucional, em que estão estabelecidas as diretrizes espaciais, temporais e de conteúdo para que os cidadãos possam ter satisfeitas parte essencial das suas necessidades, em que se inclui a capacidade de deslocar-se.

Para que o Estado possa desenvolver-se e, simultaneamente, lidar com os problemas complexos que tal processo enfrenta, como a escassez de recursos das mais diversas ordens, o Estado é obrigado a agir de modo racional e estratégico, fazendo considerações sobre o presente e o futuro, e a mobilidade urbana é um dos elementos fundamentais. Ainda, é preciso destacar que em um Estado republicano e democrático como o Brasil, a atuação planejada para o desenvolvimento legitima o Poder Público

⁴⁴² OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Op. Cit.*, Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 226.

⁴⁴³ GUIMARÃES, Geraldo Spagno. *Comentários à Lei de Mobilidade Urbana: Lei nº 12.587/12: essencialidade, sustentabilidade, princípios e condicionantes do direito à mobilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 93-96.

⁴⁴⁴ LUFT, Rosângela Marina. *Políticas Públicas Urbanas: premissas e condições para a efetivação do direito à cidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 113.

⁴⁴⁵ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. O planejamento do Serviço Público de Saneamento Básico na Lei nº 11.445/2007 e no Decreto nº 7.217/2010. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *Estudos sobre o marco regulatório de saneamento básico no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 228-229.

quando permite que, no processo de escolhas públicas, participe e tenha acesso às informações, a população interessada.

O planejamento participativo para o desenvolvimento deve estabelecer objetivos e metas para modificação da realidade vigente,⁴⁴⁶ o que envolve, primordialmente, a promoção da mobilidade urbana, a partir de investimentos em infraestrutura e mobiliário urbano que comportem e abriguem a gama de serviços que devem estar à disposição do cidadão configurando, assim, a cidade funcional.

O direito à cidade, com destaque para a mobilidade urbana, está vinculado aos direitos fundamentais sociais e deve ser compreendido e respeitado, promovido por um conjunto de ações materializadas pela atividade administrativa do Estado dada a sua essencialidade na realização do bem-estar social. Para a concretização de tais direitos, verifica-se a necessária associação de elementos normativos e diretrizes políticas descritas nos comandos constitucionais, entrelaçando a atuação institucional às políticas públicas de desenvolvimento socioeconômico.⁴⁴⁷

Diante de questões que tratam de escolhas a serem feitas pelos gestores, e que deveriam espelhar as previsões normativas, é papel dos estudiosos do Direito Administrativo refletir sobre a ordem jurídica e como poderia ser utilizada no auxílio de uma mudança de paradigmas. Entende-se importante (re)pensar a construção de um novo modelo, reconhecendo que a interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais sobre questões coletivas e individuais, bem como a atuação do Poder Público devem estar atreladas a valores de justiça social e ética,⁴⁴⁸ para que possam balizar as relações sociais e econômicas no âmbito das gestões político-institucionais, político-administrativas e político-sociais.⁴⁴⁹ Assim, seria possível avançar no projeto de desenvolvimento socioeconômico brasileiro, tornando-o um Estado forte que garanta a autodeterminação de seu povo.

Referências

- BALBIM, Renato. *et al.* Transporte integrado social: uma proposta para o pacto da mobilidade urbana. *Nota técnica nº 4*. DIRUR/IPEA, Brasília, 2013.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. A eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *RDJ*, 57-58, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- BAPTISTA, Myrian Veras. *Planejamento social: intencionalidade e instrumentação*. São Paulo: Veras Editora, 2013, p. 17.
- BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades Regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003.
- BARCZAK, Rafael; DUARTE, Fábio. Impactos ambientais da mobilidade urbana: cinco categorias de medidas mitigadoras. *Revista Brasileira de Gestão Urbana*, v. 4, n. 1, p. 13-32, 2012. Disponível em: <http://www2.pucpr.br/reol/pb/index.php/urbe?dd1=6027&dd99=view&dd98=pb>. Acessado em 25/02/2015.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CANEPÀ, Carla; GARCIA, Maria. (Coord.) *A Cidade e seu Estatuto*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

⁴⁴⁶ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Op. Cit.*, Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 240.

⁴⁴⁷ MARRARA, Thiago. *Bens Públicos: Domínio Urbano: Infraestruturas*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 262.

⁴⁴⁸ ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da intervenção do Estado no domínio social*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 171.

⁴⁴⁹ FERNANDES, Edésio. Impacto socioambiental em áreas urbanas sob a perspectiva jurídica. In: MENDONÇA, Francisco. (Org.) *Impactos Socioambientais Urbanos*. Curitiba: Editora UFPR, 2004, p. 104.

CARVALHO, Carlos Henrique Ribeiro; PEREIRA, Ricardo Henrique Moraes. *Gastos das famílias brasileiras com transporte urbano público e privado no Brasil: uma análise da POF 2003 e 2009*. Texto para Discussão 1803. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. Brasília, 2012.

CUNHA, José Marcos Pinto da. *Migração e urbanização no Brasil: alguns desafios metodológicos para análise*. São Paulo: Perspectiva, 2005. vol. 19, n. 4 pp. 3-20. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_art_text&pid=S010288392005000400001&l. Acessado em 22/02/2015.

DI SARNO, Daniela Campos Libório. *Elementos de Direito Urbanístico*. Barueri: Manole, 2004.

ELIAS, Norbert; SCHROTER, Michael. (org.); RIBEIRO, Vera (trad.). *A Sociedade dos indivíduos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Participação democrática: audiências públicas. In: CUNHA, Sérgio Sérulo; GRAU, Eros Roberto (orgs.) *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.

FERREIRA, J. *O mito da cidade global: o papel da ideologia na produção do espaço urbano*. São Paulo: Vozes/Editora da Unesp/Anpur, 2007.

FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a Efetividade das Normas Ambientais*. 3. ed. ver., atual., e ampl. São Paulo: RT, 2005.

GABARDO, Emerson. *Interesse Público e Subsidiariedade*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2010.

GUIMARÃES, Geraldo Spagno. *Comentários à Lei de Mobilidade Urbana: Lei nº 12.587/12: essencialidade, sustentabilidade, princípios e condicionantes do direito à mobilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

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*, ano 13, n. 53, p. 133- 168, jul./set. Belo Horizonte, 2013.

HEIDEGGER, Martin. *Construir, Habitar, Pensar*. Trad. de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Disponível em: http://www.prourb.fau.ufrj.br/jkos/p2/heidegger_construir,%20habitar,%20pensar.pdf, p.1. Acesso em 20 de fevereiro de 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

KANASHIRO, Milena. Da antiga à nova Carta de Atenas: em busca de um paradigma espacial de sustentabilidade. *Desenvolvimento e Meio Ambiente*, n. 9, p. 33-37, jan./jun. Curitiba: Editora UFPR, 2004.

LA NOUVELLE CHARTE d'ATHÈNES, 2003. Disponível em www.ceu-ectp.org. Acessado em 20/02/2015.

LE CORBOUSIER. *Planejamento urbano*. São Paulo: Perspectiva, 1971.

LEFEBVRE, Henri. *O Direito à Cidade*. (Trad.) FARIAS, Rubens. 1. ed., São Paulo: Editora Moraes, 1991.

Lei nº 12.587 de 3 de janeiro de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12587.htm. Acessado em 25/02/2015.

LUFT, Rosângela Marina. *Políticas Públicas Urbanas: premissas e condições para a efetivação do direito à cidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MARRARA, Thiago. *Bens Públicos: Domínio Urbano: Infraestruturas*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MELO, Lúcia. *Política Urbana e acesso por meio da regularização fundiária*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MOTTA, Fabrício. Cargos, empregos e funções públicas. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício; FERRAZ, Luciano (Org.). *Servidores Públicos na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2011.

MOTTA, Paulo Roberto. *Gerenciando o futuro: a conquista da visão estratégica*. Rio de Janeiro: Record, 1991.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto direito fundamentais*. Coimbra: Editora Coimbra S.A., 2010.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. O planejamento do Serviço Público de Saneamento Básico na Lei nº 11.445/2007 e no Decreto nº 7.217/2010. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *Estudos sobre o marco regulatório de saneamento básico no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

OSÓRIO, Leticia Marques. Direito à cidade como direito humano coletivo. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia. *Direito Urbanístico: estudos brasileiros e internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SANT'ANNA, Mariana Senna. Planejamento urbano e qualidade de vida: da Constituição Federal ao plano diretor. In: DALLARI, Adilson; DI SARNO, Daniela Campos Libório. *Direito Urbanístico e Ambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SAULE JÚNIOR, Nelson. *A Proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUZA, Hebert. *Como se faz análise de conjuntura*. Petrópolis: Vozes/Ibase, 1984.

TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial. In: SARLET, Ingo W. (Org.). *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

WEBER, M. *La ciudad*. Madri: La Piqueta, 1987.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da intervenção do Estado no domínio social*. São Paulo: Malheiros, 2009.

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

CASIMIRO, Lígia Maria Silva Melo de; MELO, José Patrício Pereira. Administração Pública no século XXI: planejamento, mobilidade urbana e desenvolvimento socioeconômico. In: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). Problemas emergentes da Administração Pública. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. *Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 141-153.

A ADVOCACIA PÚBLICA NO ASSESSORAMENTO A DECISÕES DISCRICIONÁRIAS

LUIZ ALBERTO BLANCHET

1 Introdução

O exercício de atividades judiciais pela advocacia pública exige, sem dúvida, muito empenho do profissional. Os incômodos ônus, todavia, não são diferentes daqueles impostos aos advogados privados. Os aborrecimentos são muito maiores no exercício da advocacia pública consultiva, quando o profissional é solicitado a orientar a busca da melhor opção administrativa em situações não alcançadas por nenhum mandamento normativo e, em especial, naquelas abrangidas pelos domínios da discricionariedade administrativa.

Comumente, o administrador, por mero despreparo e conseqüente medo de assumir determinada postura, não prevista de forma clara por nenhuma norma, transfere ao advogado a tarefa de definir o que e como ele deve fazer.

Não raramente, o agente é movido pelo escuso intuito de envolver terceiros em decisões que ele sabe serem juridicamente insustentáveis e formula sua consulta ao advogado sem, no entanto, revelar todos os dados do problema cuja solução compete à Administração. É claro que nesta hipótese muitos administradores costumam encaminhar consulta também a tribunais de contas com a mesma intenção de obter de outrem o respaldo para sua atuação pouco, ou nada, defensável em termos jurídicos, embora sabidamente as cortes de contas não tenham função consultiva. O problema é muito mais complexo para o advogado, porque os tribunais de contas são externos à estrutura hierárquica da Administração, especial àquela subordinada ao consulente.

Embora a concepção positivista estritamente literalista da Hermenêutica já esteja há muito superada no estudo do Direito, os profissionais de outras áreas (às quais pertence a maioria dos agentes da Administração, como engenheiros, economistas, administradores, etc.) ainda pensam que todo dever ou proibição pode ser imposto a alguém somente se estiver escrito em algum diploma normativo. Quando o advogado alerta para a existência de algum obstáculo para a assunção da postura positiva ou negativa que o agente da Administração pretende manter, não é rara a pergunta que, com toda certeza, todo consultor jurídico da Administração já ouviu:

- Onde está escrito que devo (ou não posso) fazer isto?

Quando o embasamento jurídico for um princípio constitucional implícito, por exemplo, inicia-se aí o pesadelo para o advogado, pois certamente ele passará a ser pressionado a opinar favoravelmente às intenções (não raro ideológicas, excludentes ou político-partidárias) do administrador que formulou a consulta. Caso o advogado tenha segurança de que seu posicionamento jurídico tem embasamento objetivo - e é plenamente sustentável - e se mantenha fiel ao que o Direito define, provavelmente ele passará por um período de ostracismo que pode durar muito ou pouco conforme a “relevância” dos escusos interesses de quem pretendia que o Direito fosse outro.

Particularmente curioso é o fato de que no Direito do Trabalho a teoria do assédio moral tenha já evoluído tanto e no âmbito da Administração Pública os mais ilícitos abusos ainda continuem a ser praticados, em especial quando o “titular” do interesse a ser atendido com respaldo de parecer juridicamente insustentável tem “poder” (entendia a palavra em seu sentido leigo, naturalmente).

2 A aparente discricionariedade

Nas primeiras seis ou sete décadas do século XX, era usual que juízes se recusassem a julgar uma questão, alegando que não poderiam invadir o mérito administrativo, simplesmente porque os textos normativos pertinentes ao problema continham expressões do tipo “pode o administrador”, “é facultado à Administração”, etc. Hoje, se sabe que a presença de tais expressões ou outras equivalentes não é suficiente para determinar a existência de discricionariedade. Basta, por exemplo, o próprio texto definir a finalidade do ato a ser praticado pelo agente, para neutralizar totalmente o efeito de tais expressões. É o que sucede com o art. 32 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995:⁴⁵⁰ apesar da expressão inicial do texto “*O Poder concedente poderá intervir na concessão*”, o próprio texto, linhas adiante, deixa claro que a intervenção tem por *finalidade*, além do máximo e inquestionável interesse da coletividade, é o restabelecimento da necessária adequação do serviço e a legalidade da atuação do concessionário. Obviamente, o *motivo de fato* é a inobservância de normas pertinentes à prestação adequada do serviço público concedido, ou o descumprimento de normas do contrato de concessão, de regulamentos ou de leis pertinentes à concessão outorgada. É evidente que, se o concessionário não estiver observando as normas que apontam para a adequação na prestação do serviço⁴⁵¹ (que envolve, entre outros princípios, o da segurança dos usuários do serviço público, o da continuidade, o da modicidade tarifária e o da regularidade), a intervenção é obrigatória e não discricionária.

A aparente, e falsa, discricionariedade, ainda povoa as mentes dos maus agentes da Administração que estão sempre buscando meios de fazer o que não podem ou de não fazer o que devem. E, para partilhar ou transferir os ônus da ulterior responsabilização, não raro criminal, sempre tentam envolver o consultor jurídico.

⁴⁵⁰ Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 – “Art. 32. O poder concedente poderá intervir na concessão, com o fim de assegurar a adequação na prestação do serviço, bem como o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes.”

⁴⁵¹ Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 – Art. 6º, §1º: “Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.”

Outras vezes, efetivamente há discricionariedade, mas o agente insiste em fazer o advogado decidir. Este não é o papel do consultor jurídico, simplesmente porque, afinal, se a opção do administrador é efetivamente discricionária, cabe a ele decidir e não ao advogado, inclusive, porque o respaldo da melhor decisão terá conteúdo ajurídico e dependerá de conhecimentos e experiências que o profissional do Direito não tem. O conteúdo discricionário simplesmente não é jurídico, pois concerne a assunto não alcançado por nenhum mandamento normativo, logo, o advogado é o profissional menos habilitado para optar pela solução mais idônea sob o enfoque técnico, econômico, social, etc. Cumpre ao advogado, previamente à prática do ato, apenas opinar sobre a efetiva existência de discricionariedade e sobre a licitude ou não da solução que o administrador pretende aplicar. Por idênticas, igualmente o juiz não pode julgar o mérito administrativo, mas deverá examinar a questão a ele submetida para verificar se efetivamente envolve mérito administrativo.

Faz-se necessário, como se vê, para continuidade deste estudo, delimitar o que se deve entender por discricionariedade.

3 O que é a discricionariedade?

Deve-se partir da noção de norma, vez que o Direito é um sistema de normas e é dele que remanesce a discricionariedade: a discricionariedade se situa onde as imposições normativas, e também aquelas decorrentes das peculiaridades juridicamente relevantes do motivo de fato, não chegam.

Não é, pois, a lei que expressamente confere a faculdade discricionária ao administrador como outrora se acreditava. A lei não é o Direito, a lei é a fonte do Direito. O Direito é um sistema de normas e não um sistema de leis. Sistema de leis é a legislação (fonte primária do Direito). O texto da lei, consoante já se comentou linhas acima, pode dar a falsa impressão de que haveria discricionariedade onde não há. É da conjugação dos fatores vinculantes existentes nas normas identificadas como incidentes e nas imposições do motivo de fato que remanesce a discricionariedade.

Apesar da imensidão e da profundidade dos estudos da norma, para os fins do presente estudo, basta a noção básica segundo a qual haverá norma sempre que houver uma imposição de fazer ou de não fazer algo. Se a observância da imposição é obrigatória somente em determinada hipótese, estar-se-á diante de uma norma da espécie *regra* jurídica e, se a imposição for tão importante para a sociedade, devendo ser observada em qualquer hipótese, tratar-se-á então de outra espécie de norma: o *princípio*.

Se nenhuma norma (regra ou princípio) incide sobre determinada situação, ela é discricionária. Pode-se dizer que *discricionariedade é irrelevância jurídica da solução a ser eleita para atendimento da situação concreta*, pois se fosse juridicamente relevante, teria sido objeto normativo e de disciplinamento e teria sido alcançada por alguma imposição vinculante - dever ou proibição.

Uma vez definido o enfoque que aqui interessa sobre o fenômeno a que denominamos norma, surge outra questão de fundamental relevância para o perfeito entendimento do sentido do termo discricionariedade: a expressão “norma discricionária” realmente refere-se a uma norma? Provavelmente não, eis que se ela for mesmo discricionária, não encerra nenhuma imposição jurídica, não é norma. Existem, porém, normas que podem ser discricionárias, mas não o serão sempre e

indefectivelmente porque a atuação do administrador é vinculada pelo comando normativo e também por todas as imposições materiais da situação concreta. Situação concreta que nada mais há senão o conhecido *motivo de fato* da atuação do agente da Administração. Mesmo essa norma não pode ser chamada de discricionária, e sim, de *potencialmente discricionária*, pois diante do caso concreto, é possível que as diversas imposições concretas do motivo fático sejam tão fortes que acabem eliminando totalmente a discricionariedade que em tese existia na norma antes de sua integração ao caso concreto. Oportuno lembrar que as chamadas normas *permissivas*, que normalmente despertam no espírito do estudioso a noção de discricionariedade, igualmente não chegam a ser normas no sentido necessário para o entendimento das ideias que ora são estudadas. As normas permissivas são simplesmente declaratórias de uma faculdade que já existia, ou revogatórias de norma anterior proibitiva ou coercitiva. Os agentes da Administração, conscientes de suas competências e criteriosos na condução de suas ações, trabalham com mandamentos normativos cuja observância é obrigatória apenas em relação a hipóteses específicas (descrições teóricas feitas pela própria norma) e com comandos que, por sua elevada relevância, são de observância obrigatória em qualquer hipótese. Os primeiros, como se viu, correspondem às regras jurídicas e os últimos, aos princípios. A linguagem a ser utilizada neste trabalho deve ser a mais clara e didática possível para que pessoas de qualquer área (inclusive aquelas que não têm formação superior), e não apenas da área jurídica, consigam entender. Afinal, administradores públicos não precisam ter cursado Direito e tampouco qualquer outro curso superior. Basta que reúnam alguns dos pressupostos mínimos necessários para o desempenho das funções que lhes serão confiadas: tenham o preparo e, acima de tudo, tenham boa índole, integridade de caráter, senso de justiça, sensibilidade social suficiente para, diante de opções discricionárias, fazer a escolha mais adequada às imposições materiais do motivo de fato.

Inexistindo, pois, norma cujo comando proíba ou obrigue o administrador, o exercício de sua competência far-se-á discricionariamente. Apesar da aparente clareza e simplicidade desta conclusão, muitas crenças e inverdades assombram os domínios do mérito administrativo. Já é histórico, por exemplo, o equívoco de antigos doutrinadores, cujo entendimento a discricionariedade seria “uma margem de liberdade conferida pela lei”, ou ainda, que legitimaria escolhas subjetivas, e que estaria presente quando na redação do dispositivo legal figurassem termos e expressões do tipo “pode”, “é permitido” ou “é facultado”. Essas expressões, de uso comum em inúmeros textos normativos, levam o agente desavisado a supor que está diante de “norma discricionária”, o que absolutamente não corresponde à verdade, consoante se pôde avaliar quando dos comentários ao art. 32 da Lei nº 8.987/95. Afinal, se de fato uma postura da Administração for tão irrelevante que seu agente pode fazer ou não aquilo que, quando, se e como lhe aprouver, não precisa isto estar escrito no texto da lei, pois na oportunidade em que a atuação da Administração for necessária esta liberdade será patente.

Quanto a seus fundamentos, a discricionariedade reúne grande diversidade de fatores,⁴⁵² porém, independentemente do fator que tenha prevalecido no momento

⁴⁵² “Consiste, enfim, o fundamento da discricionariedade, não em apenas uma única e simples razão justificativa, mas em um **complexo de fatores conjugados**, sendo que alguns atuam simultaneamente como fundamento e parâmetro, conforme pode-se observar: a) **Impossibilidade lógica** inerente aos conceitos empíricos e teóricos

da criação normativa, a discricionariedade que se manifestará na atuação concreta do administrador terá sempre a mesma natureza.

4 Definição do conteúdo da decisão discricionária: tarefa do administrador e não do advogado

A identificação da discricionariedade a ser aplicada em cada situação concreta cujo atendimento compete à Administração é de suma relevância para o administrador. Esta identificação, sem dúvida, cabe ao advogado, mas a escolha discricionária cabe unicamente a quem estiver exercendo a competência administrativa e não a consultiva. Administrar é uma, e a mais complexa, das funções constitucionais básicas do Estado, mas nela seguramente não está contida a função meramente consultiva de assessoramento jurídico, logo, nesta última não cabe inserir qualquer atividade própria da função administração pública. Linhas adiante, serão estudadas as hipóteses nas quais aos administradores é conveniente ou necessário (embora somente para eles e sem nenhum respaldo jurídico) levar o advogado a “administrar” definindo o conteúdo do mérito administrativo envolvido em determinada decisão discricionária. O advogado pode (e deve) recusar-se a fazê-lo. Deve recusar-se, porque o povo não o remunera para administrar, e sim, para assessorar o administrador a fim de que este administre eficientemente.

O problema é que procedendo como deve, o advogado, cuja posição sempre é hierarquicamente inferior à do agente que o consulta, experimentará os suplícios do inferno. E, conforme já se manifestou neste estudo toda preocupação, não é usual no âmbito da Administração Pública, recorrer-se aos instrumentos jurídicos que reprovam o assédio moral.

Não são incomuns os desabafos públicos de assessores que encontram espaço e (relativa) segurança para denunciar práticas abusivas de superiores hierárquicos. Somente os agentes usualmente “desdenhosos do Direito” são alvos de operações do Ministério Público, da Polícia Federal ou de Comissões Parlamentares de Inquérito. Obviamente não deveria ser assim, mas que outra opção remanesceria ao advogado que, por sua postura digna, passa a vida profissional sob pressão? Não lhe resta senão recusar-se sempre a respaldar despautérios administrativos e, na primeira oportunidade, contribuir com seu testemunho para que as práticas ilícitas do mau administrador sejam descobertas e o levem à responsabilização.

necessários na redação da norma; b) **Interesse público**, que deve justificar o uso dos aludidos conceitos (na fase de elaboração legislativa) e nortear a reconstrução, ou a integração, das ideias a eles correspondentes (na etapa de execução administrativa); c) **A capacidade e as habilidades gerais do ser humano**, que aliás, devem necessariamente ser utilizadas em qualquer dos aspectos da função estatal (legislativa, administrativa e jurisdicional) sendo que, na **função administrativa**, a capacidade e as habilidades mais marcadamente necessárias são as de **solucionar problemas concretos emergentes**, ao contrário da **legislativa** que se refere a **problemas teóricos** (em tese) visando soluções apriorísticas, e da jurisdicional que inere a **fatos consumados**. Incluem-se, aqui, dois subfatores: - as limitações do legislador pelo fato de estar trabalhando com uma situação teórica em tese; - as condições mais favoráveis do administrador em seu contato imediato com a situação concreta. d) **A necessidade de se renovar e adaptar, os critérios e as soluções**, às exigências da constante **evolução social**, do **progresso científico** e dos **avanços tecnológicos**.

Impende uma vez ainda, reiterar-se que nenhum desses fatores é suficiente para, isolado, servir de fundamento para a discricionariedade, mas sim, e sempre, a combinação de todos eles.” BLANCHET, Luiz Alberto. *Administração Pública, Ética e Desenvolvimento*: o que o agente público deve e o que não pode fazer. Curitiba: Juruá Editora, 2014, p. 67.

O que, todavia, fazer quando o agente matreiramente conduz o advogado a definir o conteúdo da atuação administrativa que, por força do Direito, é discricionária, porém oculta dados juridicamente relevantes e em tal amplitude relevantes que apontariam para a vinculação e não para a discricionariedade forjada pela “seletiva” escolha dos dados do caso concreto pelo administrador ao formular sua consulta? E não se pode olvidar que o referido “caso concreto” não é um fato qualquer, mas o *motivo de fato* da atuação administrativa e sendo tal, também vincula a conduta do administrador.

5 Fatores concretos atenuantes da discricionariedade

As peculiaridades juridicamente relevantes da situação concreta cujo atendimento compete à Administração (motivo fático) têm poder vinculante sobre a atuação do administrador, atenuam a discricionariedade que em tese existia na norma e, muito mais que isto, podem até eliminar toda a discricionariedade que na norma eventualmente existia. Se o advogado não estiver informado de todos os aspectos internos juridicamente relevantes, e também dos circunstâncias, da situação concreta, fatalmente não reunirá condições suficientes para emitir parecer juridicamente idôneo.

Por mais desconcertante que possa soar a frase, verdade é que, embora o Direito seja um sistema de normas, a norma é insuficiente para a solução dos problemas cuja solução compete ao Estado no exercício de sua função administrativa. A norma não é o único fator de caráter objetivo com poder vinculante sobre a conduta do administrador. A norma se manifesta ao nosso conhecimento por meio de palavras e é contaminada pelas limitações próprias (e intransponíveis) da linguagem, tais como imprecisão, obscuridade, dubiedade, etc. Consequentemente, muitos comandos normativos não conseguem ser definidos e incontrovertíveis. A norma, além disso, pressupõe uma realidade estática, cristalizada, porém o mundo é dinâmico e está constantemente se transformando.

A tarefa mais trabalhosa para o advogado encontra-se no âmbito das peculiaridades, da situação concreta a ser atendida pela Administração, que diminuem a amplitude que - apenas em tese - existia na norma antes de sua integração. É um espinhoso desafio para o advogado, porque o Direito ele conhece, mas a situação concreta, quem conhece é o administrador.⁴⁵³

A constante evolução e mutabilidade das coletividades humanas, que as tornam a cada momento mais complexas, suscitam necessidades coletivas inabituais e não menos complexas, as quais exigem soluções racionais e rigorosamente adequadas ao problema fático a solucionar e não soluções simplesmente estereotipadas em texto

⁴⁵³ “Assim, se diante de uma “chamada norma discricionária”, o suporte fático achar-se no grau máximo de relevância em relação à finalidade, a “norma discricionária”, resultará em vinculação. Não existe, portanto, a tradicionalmente chamada “norma discricionária”; ela é em verdade produto de um sofisma. Nenhuma norma tem o poder absoluto de ser sempre necessária e invariavelmente discricionária. O que existem são normas *vinculantes* (as quais são sempre e indefectivelmente vinculantes) e normas virtualmente (ou *potencialmente*) discricionárias. Existem, enfim, relativamente à fonte, duas espécies de vinculação: uma absoluta, resultante da norma *vinculante (absoluta)*, porque não varia *relativamente* a cada caso) e outra *relativa*, resultante da norma virtualmente discricionária quando o pressuposto fático encontrar-se no grau máximo de relevância em relação à finalidade. A análise do pressuposto concreto não é subjetiva em seu conteúdo, mas apenas em seu processo. Ela é objetiva, não se confunde com o mérito administrativo (domínio da discricionariedade) e, como tal, submete-se ao controle jurisdicional.” BLANCHET, Luiz Alberto. *Administração Pública, Ética e Desenvolvimento: o que o agente público deve e o que não pode fazer*. Curitiba, Juruá Editora, 2014, p. 56.

normativo previamente existente. As necessidades públicas suscitadoras de licitações, por exemplo, raramente admitem soluções prévia e rigidamente definidas, conforme a prática tem testemunhado.

Dois problemas semelhantes, aos quais se aplicam as mesmas normas, podem ter diferentes graus de discricionariedade em razão da diversidade de peculiaridades concretas juridicamente relevantes.⁴⁵⁴ Cabe ao advogado manter-se vigilante para não ser usado como instrumento de práticas ilícitas pelos maus administradores.

As duas realidades: *sistema de normas* e *dinamicidade do mundo real*, parecem, à análise preliminar menos detida, reciprocamente incompatíveis, mas em verdade conjugam-se para dar origem ao que se convencionou chamar de discricionariedade. Um dos fundamentos da discricionariedade, ademais, é exatamente essa constante mutabilidade dos fatores concretos, porque eles não admitem soluções previamente estereotipadas em normas. Diante desse impasse, quem cria a norma reserva espaço para que o administrador ponha sua inteligência a trabalhar a fim de encontrar a solução mais adequada ao problema concreto cuja solução é de competência do Estado administrador. Linhas adiante, serão levadas a efeito algumas considerações pertinentes à subjetividade que o agente da Administração deve utilizar na condução de opções discricionárias: trata-se das habilidades subjetivas do administrador para bem solver problemas e não da subjetividade subordinada a suas preferências, antipatias e escusos interesses pessoais.

6 A discricionariedade envolve um dever e não um poder

Tradicionalmente conhecida como um “poder”, a discricionariedade, ao contrário, envolve um “dever”, eis que se trata de um meio indispensável pelo qual o administrador soluciona situações cujo atendimento é do interesse público e caracterizam-se pela imprevisibilidade e pelo fato de não serem estereotípicas. Um efetivo dever, e não um poder, porque o âmbito da atuação discricionária não existe em benefício do agente, e sim, da Administração. Porém, a Administração não é um ser vivo, ela não tem sentidos para experimentar física e emocionalmente a sensação de não obrigatoriedade de uma única e exclusiva conduta, mas da faculdade de selecionar e de optar. Quem, enfim, faz e percebe tudo o que a Administração não dispõe de capacidade para fazer e perceber, é o agente.

Assim, o agente experimenta uma sensação de liberdade de escolha cujo titular é imediatamente a Administração e mediatamente o povo. A discricionariedade não se cinge a um poder, a um ato, ou a uma norma que apresenta certas peculiaridades, mas a uma particularidade da competência administrativa.

⁴⁵⁴ A mesma norma, ou o mesmo complexo de normas conjugadas, quando aplicadas a dois ou mais casos concretos distintos, por mais semelhanças que entre eles apresentem, poderá resultar em graus diferentes de vinculação e discricionariedade. Imagine-se a hipótese em que determinado prefeito municipal precise escolher a cor com que deverão ser pintadas as paredes da sede da prefeitura. Ele consulta sua assessoria e, inclusive, profissionais externos, e todos são unânimes em afirmar com toda segurança que a escolha é discricionária. Sim, de fato seria, em princípio, mas apenas seria, pois pode não ser conforme poder-se-á verificar na sequência. Pressupondo que sua opção é discricionária, o prefeito opta pela cor cinza e nenhuma consequência jurídica indesejável resulta pois realmente sua escolha é discricionária. Alguns anos mais tarde, um dos sucessores desse prefeito, diante da necessidade de nova pintura, decide-se pela mesma cor e é punido por isso, porque a cor cinza é a cor símbolo de sua agremiação partidária e, tendo por ela optado, feriu o princípio da impessoalidade. BLANCHET, Luiz Alberto. *Administração Pública, Ética e Desenvolvimento: o que o agente público deve e o que não pode fazer*. Curitiba, Juruá Editora, 2014, p. 57.

A consequência de tudo que se observou nos parágrafos anteriores, constata-se que em cada situação na qual a discricionariedade se manifesta, consoante já se teve a oportunidade de afirmar em outro trabalho,⁴⁵⁵ ela varia apenas quantitativa e não qualitativamente. Assim, o administrador ao escolher as exigências que constarão no edital de licitação ou de concurso público, ou ainda, em qualquer outro documento definidor de normas destinadas especificamente à solução de um problema concreto já configurado materialmente, tem sempre o dever de optar pelas mais adequadas a solucionar esse problema cuja solução compete ao Estado, e não o “poder” de fazer o que lhe aprouver como vulgarmente se imagina. Esta atividade discricionária é qualitativamente a mesma em qualquer atuação estatal - tem sempre a mesma natureza (de dever e não de “poder”) -, mas a necessidade de seu exercício pode ser mais frequente em uma ação e não em outra, o que vem a aumentar a sua frequência, mas não altera a sua natureza.

Celso Antônio Bandeira de Mello se preocupou com o conteúdo e com a amplitude da noção de poder, alertando que “nós, do Direito Público, erradamente eu diria, ousou tomar a liberdade de dizer ‘erradamente’, queremos articular os institutos de Direito Público e os de Direito Administrativo em torno da ideia de poder, quando o correto seria articulá-los em torno da ideia de dever, de finalidade a ser cumprida”.⁴⁵⁶

E acrescenta, o autor: “Como não há outra fórmula para se atingir esta finalidade, para cumprir este dever, senão irrogar a alguém certo poder instrumental, ancilar ao cumprimento do dever, surge o poder, como mera decorrência, como mero instrumento imposterável para que se cumpra o dever. Mas é o dever que comanda toda a lógica do Direito Público”.

Conforme já se concluiu em parágrafos precedentes, a existência de finalidade específica e explícita no próprio texto que deu origem à norma tem o poder de atenuar, ou mesmo de eliminar totalmente, a discricionariedade que aparentemente haveria quando da preliminar e desatenta leitura. E tal sucede principalmente quando no texto fonte da norma há expressões como “pode o administrador”, “é facultado ao agente” ou “a Administração poderá”.

7 A subjetividade admissível no exercício da discricionariedade

Sempre se afirma que, no exercício de competência discricionária, a atuação do administrador caracterizar-se-ia pela subjetividade, o que, todavia, não significa que ele poderia avaliar a situação concreta e exercitar suas opções com base em suas simpatias ou antipatias pessoais e tampouco tendo por parâmetro interesses pessoais seus ou de pessoas que lhe são caras.

Os fatores que definem a subjetividade inerente à discricionariedade determinam que esta não é a mesma subjetividade que licitamente o agente utiliza na prática de seus atos pessoais regidos pelo Direito Privado.

Imprescindível, portanto, distinguir claramente, a **subjetividade pessoal** que o agente emprega no exercício de seus atos particulares alcançados por normas de Direito

⁴⁵⁵ BLANCHET, Luiz Alberto. *Administração Pública, Ética e Desenvolvimento: o que o agente público deve e o que não pode fazer*. Curitiba, Juruá Editora, 2014, p. 52.

⁴⁵⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “Poder” Discricionário. *Revista de Direito Público*, nº 76.

Privado, e a **subjetividade instrumental** (ou **funcional**)⁴⁵⁷ que o agente está obrigado a utilizar na identificação e no exercício da vontade normativa do Estado (imediatamente), ou do povo (mediatamente).

As subjetvidades envolvidas na prática dos atos administrativos ditos discricionários e nos atos privados da pessoa do administrador têm naturezas radicalmente diversas quando analisadas sob o enfoque jurídico. Subjetivo é, quanto aos atos pessoais, particulares do agente, aquilo que é relativo à sua vontade psicológica. E quanto aos atos que lhe competem na qualidade de agente da Administração, subjetivo é aquilo que existe no sujeito e será por ele utilizado para identificar a vontade normativa (ou funcional) do Estado e é absolutamente desvinculado da vontade psicológica. É subjetiva, porque existe no sujeito, a capacidade pessoal de percepção, de seleção, de solução para problemas, etc.; é a subjetividade instrumental que ele deve utilizar na atuação discricionária e “apenas pode” utilizar (se quiser) na identificação de sua vontade pessoal.

Relativamente à subjetividade pessoal (envolvida na prática dos atos privados do agente, regidos pelo Direito Civil), pode-se afirmar que algo é subjetivo, porque é relativo ao sujeito, tudo aquilo que se relaciona com a sua personalidade, as suas preferências e necessidades; é o fundamento de sua vontade pessoal. Com relação à subjetividade instrumental (que o agente deve utilizar na prática discricionária), pode-se concluir que o *processo* utilizado pelo agente é subjetivo, mas o *conteúdo* deve necessariamente ser objetivo.

É claro que o agente, ao praticar seus atos particulares pode valer-se também da subjetividade instrumental, pois a distinção torna-se despcienda, contudo, passa a ser totalmente inafastável quando ele atua no interesse alheio – do povo –, o que, aliás, deverá ser observado também em algumas situações regidas pelo Direito Civil, como na hipótese do mandato, por exemplo.

A vinculação, como a discricionariedade, tem sua origem imediata na norma e remota na lei (*lato sensu*).

Vinculação e discricionariedade não são dois fenômenos opostos, e tampouco conflitantes; são, em verdade, dois aspectos que se conjugam para integrar a legalidade,

⁴⁵⁷ “A título de exemplo, imagine-se determinada necessidade coletiva: uma comunidade dividida por um rio, tem seus hospitais, escolas, etc., localizados todos à mesma margem. Os habitantes da outra margem constituem a maioria da população e necessitam de um meio eficaz para a travessia fluvial. Incumbe ao administrador da comunidade solucionar o problema, e para isto agirá com subjetividade, porque deverá empregar a sua capacidade subjetiva para resolver problemas, porém o conteúdo de sua atuação deve ser objetivo, deve ser idôneo para solucionar o problema coletivo e não pode desviar-se de tal caminho. Assim, cabe ao agente da Administração utilizar toda a sua habilidade pessoal (subjetiva) para encontrar a solução. O administrador deve avaliar se a opção mais adequada é a simples instalação de uma balsa ou a construção de uma ponte, e sendo esta segunda a melhor opção, deverá perquirir se a ponte pode ser de madeira, concreto ou metal, por exemplo. Estas análises deverão ser feitas pelo agente com sua capacidade subjetiva, mas em vista da finalidade pública (e, portanto, objetiva), isto é, deverá optar pela melhor solução para a coletividade e não para ele. Em consequência, se, por exemplo, a balsa ou a ponte, indiferentemente, atendem a necessidade da população de forma identicamente satisfatória, o administrador deve escolher a alternativa mais barata, menos demorada, mais duradoura, etc. Se, contudo, também o custo, a demora na execução e a durabilidade, etc., são idênticos em qualquer das hipóteses, então aí haverá liberdade de opção não sujeita a avaliação jurisdicional. Entretanto, se a opção for pela ponte, porque o administrador tem amigos que só poderão participar da licitação se este for o objeto, a subjetividade terá desbordado de seus limites e, invadindo um terreno que lhe é proibido, viciou a licitação. **A Administração, enfim, não é um ser vivo, não raciocina, quem raciocina por ela é o administrador, e somente o ato de raciocinar é subjetivo, mas seu motivo e sua finalidade são objetivos**”. BLANCHET, Luiz Alberto. *Administração Pública, Ética e Desenvolvimento: o que o agente público deve e o que não pode fazer*. Curitiba, Juruá Editora, 2014, p. 54.

ou a juridicidade, da atuação administrativa caracterizada pela observância das imposições normativas e das exigências da situação concreta (motivo de fato) para adequada satisfação da finalidade concreta (atendimento do motivo de fato).

A discricionariedade, afinal, se manifesta como uma peculiaridade da competência do Estado administrador para atender situações de interesse público. E, como é óbvio, competência, no sistema positivo brasileiro, jamais existe sem norma anterior que a gere e delinieie.

Mediante recurso figurativo, para maior clareza, pode-se dizer que quando, no conteúdo da norma, existe o “gene” da discricionariedade, o fenômeno se assemelha ao que sucede na genética dos seres vivos, ou seja, da presença desse “gene” não resultará certeza de efetiva ocorrência da discricionariedade no momento da prática do ato, mas sim, mera probabilidade. Apesar disso, a discricionariedade que existe na norma em tese e será atenuada, às vezes mais, às vezes menos, ou até eliminada diante das exigências e das circunstâncias do motivo de fato, é utilizada pelo administrador despreparado (imperícia), açodado (imprudência) ou descuidado (negligência), ou pior, delinquirido (dolo) para fazer o que e como quiser com base em uma discricionariedade que, diante das imposições juridicamente relevantes da situação concreta, não existe. Quando isso ocorre, cabe, naturalmente ao advogado, alertar o administrador e resgatar a juridicidade, mas, infelizmente, com as indesejáveis (e ilícitas) consequências que um administrador que despreza o Direito pode provocar para o advogado.

A norma, como se vê, ao contrário da crença relativamente generalizada, não é o único fator a ser objetivamente investigado pelo administrador para buscar a solução concreta juridicamente mais adequada. A norma é um dentre os insumos necessários para a construção do ato administrativo. O outro insumo que também exige o emprego de critérios objetivos ao ser perscrutado é o pressuposto fático.

Ao administrador compete identificar e avaliar o pressuposto empírico efetivamente existente e jamais o que ele supõe, deseja ou necessita que exista para atender a interesses pessoais seus ou de seus amigos, exatamente como o consultor jurídico deverá portar-se em relação à norma.

No exercício de sua competência discricionária, ao praticar o ato administrativo destinado a solucionar o problema que lhe compete solucionar, o administrador deve então empregar ambos os insumos materiais: a(s) norma(s) e o pressuposto empírico que efetivamente existem.

Para solucionar de forma juridicamente válida, o problema cujo atendimento é de interesse público e lhe compete satisfazer, o administrador deve também utilizar o critério mais absoluto possível na análise do caso concreto e transferir todos os dados colhidos nessa análise, sem omitir nenhum aspecto juridicamente relevante e, tampouco, moldá-los em bases subjetivas para satisfazer intuítos privados seus ou de amigos, ou ainda, para prejudicar alguém que não pertença a seu círculo.

A tarefa, sem dúvida, não é fácil, mas todo servidor público, ao ser admitido, tacitamente se compromete a utilizar todas as suas habilidades pessoais em benefício do interesse público.⁴⁵⁸

⁴⁵⁸ “A discricionariedade está intrinsecamente relacionada com a “inteligência da Administração” que se mantém atualizada em relação às imposições da constante evolução social, do progresso científico e das inovações tecnológicas, para usá-las em benefício da coletividade. A discricionariedade pressupõe um executor inteligente,

8 Vigilância do advogado, empreendedorismo público e desenvolvimento

O mau administrador que solicita o parecer do advogado, comumente busca se afastar ou, no mínimo, partilhar sua responsabilidade, forjando falsos fatores que, se realmente existissem, tornariam a solução a ser buscada pela Administração. Dentre os principais artifícios utilizados, destacam-se: 1. descrição de falsa situação; 2. descrição distorcida de situação verdadeira; 3. distorção dos aspectos juridicamente relevantes; 4. ocultação de “detalhes” (aspectos juridicamente relevantes); 5. tentativa de modelar ou de temperar solução para fato em andamento com etapas pretéritas irreversíveis; 6. tentativa de modelar ou de temperar solução para fato consumado; 7. forja de solução para pedidos de superiores (normalmente titulares de cargos eletivos) – nesta hipótese, as pressões são grandes, porque o “pedido” é, de hábito, “irrecusável” por alguém que, respaldado direta ou indiretamente pela hierarquia da Administração na qual atua o advogado (o próprio chefe do Executivo, a primeira dama para ações humanitárias, o parlamentar, quando não o “empreiteiro influente”, entre outros).

O advogado, tendo conhecimento do artifício ilícito, o que sucede quando o superior é desfaçado o suficiente para não esconder a origem indecorosa da consulta, o advogado deve refutar, e deve fazê-lo, de forma documentada e comprovada para evitar a superveniência de retaliações. É seu dever para a coletividade não emprestar aparência lícita a atos corruptos. Mas, muitas vezes, as artimanhas são maquiadas a fim de parecerem lícitas. É necessária muita astúcia por parte do advogado para desvendar os fatores ocultos. Ádua, enfim, é a função do advogado que assessora a condução de soluções efetiva ou aparentemente discricionárias.

Referências

BLANCHET, Luiz Alberto. *Administração Pública, Ética e Desenvolvimento: o que o agente público deve e o que não pode fazer*. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “Poder” Discricionário. *Revista de Direito Público*, v. 18, n. 76, p. 49-56, out./dez. 1985.

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

BLANCHET, Luiz Alberto. A advocacia pública no assessoramento a decisões discricionárias. In: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). *Problemas emergentes da Administração Pública*. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. *Anais... Belo Horizonte: Fórum*, 2015. p. 155-165.

pois quando a norma exige que algo seja feito sempre de uma determinada forma, não deixa o administrador livre para optar pela forma mais racional e benéfica ao interesse coletivo. Há, como se vê, certas situações tradicionalmente conhecidas como discricionárias, mas que se submetem ao controle jurisdicional, pois ao Poder Judiciário compete julgar se o motivo de fato da sua atuação legítima ou não as características que ele imprimirá ao ato, como, por exemplo, as exigências impostas em editais de licitação ou de concurso público.” BLANCHET, Luiz Alberto. *Administração Pública, Ética e Desenvolvimento: o que o agente público deve e o que não pode fazer*. Curitiba, Juruá Editora, 2014, p. 57.

POLÍTICAS PÚBLICAS, SERVIÇOS PÚBLICOS E A PROTEÇÃO SOCIOAMBIENTAL

MARIA CRISTINA CÉSAR DE OLIVEIRA

1 Introdução

O dever fundamental de um Estado Democrático de Direito é a realização de Direitos Fundamentais constitucionalmente assegurados. Essa é a premissa básica que deve nortear a ação do Poder Público. Entre esses direitos fundamentais, figura a vida, com dignidade, ou seja, a satisfação de necessidades básicas materiais, intelectuais e espirituais a todos os cidadãos, tendo em vista, particularmente, a minimização da pobreza e das desigualdades sociais.

Como explica Amartya Sen,⁴⁵⁹ “a expansão da liberdade humana é tanto o principal fim como o principal meio do desenvolvimento”. O processo de desenvolvimento, portanto, deve estar, diretamente, relacionado à avaliação das liberdades reais desfrutadas pelas pessoas, em efetivo envolvimento na construção de seus próprios destinos e não como beneficiárias passivas de projetos desenvolvimentistas.

As liberdades estão interligadas, possuem função instrumental e incluem componentes, como: facilidades econômicas, liberdades políticas, oportunidades sociais, garantias de transparência e segurança protetora. Dessa forma, o crescimento econômico não poderá ser aferido, exclusivamente, pelo critério de aumento de rendas privadas, mas deve, também, ser estimado em razão, por exemplo, da expansão de serviços sociais, possibilitada por tal crescimento. Por outro lado, as oportunidades sociais, criadas pelos serviços como o de educação pública, e o de saúde podem colaborar para o desenvolvimento econômico e para a redução das taxas de mortalidade. A vivência real dessas liberdades possibilitará aos indivíduos melhor qualidade de vida.⁴⁶⁰

⁴⁵⁹ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Laura Teixeira Motta (trad.), São Paulo: Companhia das Letras, p.71.

⁴⁶⁰ *Idem*, pp. 55-57.

2 Políticas públicas como dever estatal

Nessa perspectiva, pode-se reputar, como um dos meios possíveis de promover a concreção de direitos fundamentais, a formulação, a implementação e a avaliação de políticas públicas pelo Poder Público, em conjunto com a Sociedade Civil.

Em sentido amplo, pode-se afirmar que a política pública consiste em um processo jurídico-político, desenvolvido de modo contínuo e reflexivo, por meio da ação conjunta do poder público e da sociedade, em face da existência de um problema público real e cuja finalidade constitui, em última instância, a materialização de direitos fundamentais.

Nesse enfoque, as políticas públicas devem ser concebidas: *i*) como dever estatal de efetivação de direitos a que são titulares os cidadãos e não como concessão de benesses a súditos e, *ii*) como instrumento que envolve, necessariamente, a ação compartilhada e responsável do Estado e da Sociedade. Todas as fases que compõem a estruturação e a realização efetiva de políticas públicas devem, portanto, contar com a participação e o comprometimento do Estado, dos cidadãos, das empresas, das organizações não governamentais, dentre outros segmentos sociais. Contudo, é de ser destacado o papel das Universidades, como centro de criação e propagação das ciências, da tecnologia, da cultura e das artes.

Afirma Victor Abramovich,⁴⁶¹ que as ações nesse campo não representam apenas o cumprimento de mandamentos morais ou políticos, mas como a via escolhida para concretizar deveres jurídicos, imperativos e correlatos a direitos humanos impostos pelos tratados internacionais.

Assim, as políticas públicas quando consideradas pelo enfoque do direito, devem funcionar como mecanismo de empoderamento dos setores excluídos, visto que parte do princípio de que esses setores são titulares de direitos, cujo cumprimento está vinculado o Estado.

Em matéria de proteção dos direitos humanos, a teoria dos deveres estatais em construção nos Tratados Internacionais e no direito interno, prescreve obrigações positivas e negativas, a cargo do Estado, a serem observadas em todos os seus níveis: federal, estadual e municipal e, Poderes: executivo, legislativo e judiciário. São elas:

- i*) obrigação de respeito, por parte de todos os órgãos estatais, às normas de direitos humanos;
- ii*) obrigação de proteção, a significar que incumbe ao Estado o dever de impedir ou de evitar a violação dos direitos humanos por segmentos da sociedade civil;
- iii*) obrigação de garantir o exercício dos direitos por todos os cidadãos. Essa pode ser subdividida em quatro outras obrigações: “a obrigação de prevenir violações de DH; a obrigação de investigar os casos de violações de DH; a obrigação de punir os autores intelectuais e materiais das violações de DH; e a de reparar os direitos violados das vítimas”.⁴⁶²

⁴⁶¹ ABRAMOVICH, Víctor. Una Aproximación al Enfoque de Derechos en las Estrategias y Políticas de Desarrollo. In: *Revista de la Cepal* 8, abril, 2006, p. 37. Disponível em: <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/2/24342/G2289eAbramovich.pdf>. Acesso em 15 de maio de 2015.

⁴⁶² VÁZQUEZ, Daniel; DELAPLACE, Domitille. Políticas Públicas na Perspectiva de Direitos Humanos: um campo em construção. In *SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos* / Sur – Rede Universitária de Direitos Humanos – v.1, n.1, jan.2004 – São Paulo, 2004, p. 42.

Por seu turno, tais obrigações do Estado, demandam mecanismos de exigibilidade e cumprimento. E, para tal fim, inúmeras são as medidas estatais cabíveis. Dentre outras voltadas ao atendimento das obrigações positivas a serem cumpridas pelo Estado, destaca Abramovich:⁴⁶³ “la organización de un servicio público (por ejemplo, el funcionamiento de tribunales, lo que asegura el derecho a la jurisdicción; o la organización del sistema educativo público);” bem como, “el establecimiento de formas escalonadas de cobertura público/privada (por ejemplo, organizando formas privadas de aporte para mantener obras sociales que cubran el derecho a la salud de las personas empleadas y sus familias, y estableciendo un sistema público de salud que cubra el derecho de las personas no amparadas por la estructura de empleo”.

Verifica-se, portanto, que a aferição da eficácia material das políticas públicas encontra-se diretamente e necessariamente imbricada com a realidade dos serviços públicos oferecidos. Não há como falar em planos, programas, projetos, realização de metas, etc., sem a apreciação, não somente no plano da eficiência e da eficácia dos serviços públicos, mas da coerência, da transparência, da pertinência e da sustentabilidade econômica, socioambiental, política e cultural dessas prestações.

Políticas públicas e serviços públicos formam um único processo, um contínuo. Seccionar os dois elementos é repartir um fenômeno que é único. O resultado do corte será uma visão precária e parcial do conjunto, o que gera a avaliação desconectada da realidade social. Retórica em descompasso com a vida da sociedade.

3 Políticas públicas e serviços públicos

Formuladas segundo a ótica dos direitos humanos, nacional e internacionalmente consagrados, as políticas públicas possuem a função teleológica de realização de tais direitos. Essa é a máxima que deve estar presente em todo o processo de formulação e de implementação.

Daniel Vázquez e Domitille Delaplace⁴⁶⁴ apontam, em tese, sete processos no ciclo das Políticas Públicas, quais sejam: 1) delimitação do problema - problema individual, problema social, problema público; 2) estruturação do problema; 3) conjunto de possíveis soluções; 4) análise de soluções; 5) tomada de decisão; 6) implementação da decisão; e, 7) avaliação. Esses momentos, contudo, nem sempre acompanham essa lógica.

No caso concreto, contudo, pode ocorrer a inversão de fases ou mesmo a superposição dessas. Além disso, as decisões e os modos de implementação devem ser permanentemente reavaliados e revistos sempre que necessário. Tudo isso denota o caráter altamente dinâmico e prolongado do processo em constante aperfeiçoamento.

Por outro lado, a função estatal a cargo da Administração Pública que corresponde à prestação concreta aos cidadãos, tendentes a satisfazer necessidades fundamentais consagradas como tal pelo sistema normativo, configura precisamente o Serviço Público.

⁴⁶³ ABRAMOVICH, Víctor. Una Aproximación al Enfoque de Derechos en las Estrategias y Políticas de Desarrollo. In: *Revista de la Cepal* 8, abril, 2006 p. 43. <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/2/24342/G2289eAbramovich.pdf>

⁴⁶⁴ VÁZQUEZ, Daniel; DELAPLACE, Domitille. Políticas Públicas na Perspectiva de Direitos Humanos: um campo em construção. In *SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos* / Sur – Rede Universitária de Direitos Humanos – v.1, n.1, jan.2004 – São Paulo, 2004, p. 42.

No Direito brasileiro, Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁶⁵ formula a seguinte definição: “Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça às vezes, sob um regime de Direito Público, portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais, instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo”.

Dessa forma, fica absolutamente claro que a ação da Administração Pública é presença indispensável no planejamento das políticas públicas e na execução dessas, por meio do serviço público.

A respeito da conexão entre os conceitos de serviço público e de direitos fundamentais, Jacqueline Morand-Deville⁴⁶⁶ afirma que “como se uma contrapartida, e mesmo um contrapoder, ao utilitarismo devesse se manifestar, os Direitos Fundamentais se impõem com vigor aos poderes públicos e propagam as noções de poder público e de serviço público, a qual reencontra a sua função primeira como fator de coesão social e de redução das desigualdades”. E completa: “quer se trate do direito a uma habitação digna, do direito ao meio ambiente equilibrado, do direito das gerações futuras a um desenvolvimento sustentável, esses deveres da terceira geração dos direitos do homem são parte integrante dos deveres do serviço público em nome de um interesse público que perde o seu caráter de abstração desencarnada”.

Diante das constatações trazidas à colação, é possível ressaltar que a Constituição Federal elegeu o Serviço Público — conjunto de prestações positivas do Estado a serem oferecidas à coletividade — como um dos mecanismos de tutela dos Direitos Fundamentais de crédito. Ao lado de garantias formais, a Constituição brasileira estabelece um sistema de prestações estatais, sob regime de direito público, destinado a assegurar, materialmente, esses Direitos Fundamentais relacionados à sadia qualidade de vida.

4 Serviço público e proteção ambiental

A identificação da problemática ambiental com o direito fundamental à dignidade humana e à exigência, no sentido de que seja assegurada sua eficácia, não somente no plano jurídico formal, mas, especialmente, no nível material ou social, impõe o exame da questão socioambiental relativamente ao tema do serviço público, poderoso instrumento jurídico de garantia material do direito fundamental, visto que esse instituto se volta, essencialmente, ao atendimento concreto das necessidades vitais da cidadania.⁴⁶⁷

No plano constitucional, ao lado da previsão do livre exercício das atividades econômicas pelos agentes privados, prestadas segundo a livre concorrência, a Lei Maior estabeleceu, no art. 175, a incumbência ao Poder Público de, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, prestar serviços públicos. E, em todo o Texto se espriam prestações constitucionalmente estabelecidas, como dever estatal.

⁴⁶⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 689.

⁴⁶⁶ MORAND-DEVILLER, Jacqueline. Poder Público, Serviço Público: crise e conciliação. *Revista de Direito do Estado-RDE*, nº 4 (outubro/dezembro 2006), Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 398.

⁴⁶⁷ CESAR DE OLIVEIRA, Maria Cristina. *Princípios Jurídicos e Jurisprudência Socioambiental*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009, p. 87.

Em matéria socioambiental, ao fixar as competências comuns entre os Entes da Federação, a Constituição brasileira é explícita quando determina, obrigações de fazer, ou seja, de prestar serviços públicos. Com efeito, o compromisso constitucional de realização dos direitos fundamentais por meio do oferecimento, pelo Estado, de prestações concretas, pode ser percebido, por exemplo, no exame das atividades elencadas nos incisos do art. 23, e art. 225, cujo conteúdo, em seu conjunto, diz respeito ao direito fundamental à sadia qualidade de vida, em toda a sua magnitude.

Nos termos do art. 23 e incisos, entre as tarefas ali prescritas, podem ser observadas, conforme o campo de incidência, as seguintes, dentre outras:

- i) prestações relativas ao meio ambiente cultural: proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos e proporcionar os meios de acesso à cultura;
- ii) prestações relativas ao meio ambiente intelectual: proporcionar os meios de acesso à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação;
- iii) prestações relativas ao meio ambiente natural: proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; preservar as florestas, a fauna e a flora e registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios;
- iv) prestações relativas ao meio ambiente social: promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico; combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos e registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios.

Relativamente ao art. 225, eixo constitucional normativo da questão ambiental, ao lado de garantir o direito de todos a um meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo, impõe também, explicitamente, ao Poder Público e à coletividade, o dever de defendê-lo e preservá-lo para a presente e para as futuras gerações.

Ainda, como mecanismo de eficácia material do direito, o comando arrola, não exaustivamente, tarefas a cargo do Estado, cujo produto consiste exatamente em prestações de serviço público. São elas:

- i) preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;
- ii) preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e à manipulação de material genético;
- iii) definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;
- iv) exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou de atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

- v) controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, para a qualidade de vida e para o meio ambiente;
- vi) promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; e,
- vii) proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade.

Por eficácia social ou material, entende-se: o grau de penetração dos comandos normativos na sociedade, isto é, a intensidade pela qual o comando normativo é efetivamente vivenciado por uma dada formação social. Entre os meios de penetração dos comandos normativos no meio social, podem ser destacados:

- i) a sanção punitiva, tendente a desencorajar condutas nocivas ao meio ambiente e impeditivas da socialização dos custos ambientais;
- ii) a sanção premial, voltada à indução de procedimentos compatíveis com as premissas do desenvolvimento sustentável, compatíveis, assim, com um crescimento socioeconômico justo e ecologicamente responsável; e,
- iii) a participação popular, a ocorrer desde a formulação de políticas públicas, até as fases de fiscalização, controle e avaliação da atuação dos agentes sociais e estatais.

Nos dois primeiros casos, ou seja, das sanções punitivas e promocionais, a participação dos Poderes Públicos é essencial, seja no que tange à atuação do Poder Judiciário, seja no que se refere ao desempenho dos Poderes Legislativo e Executivo na fixação de políticas públicas ou de implementação das ações, especialmente as afirmativas, efetivamente voltadas à proteção ambiental.⁴⁶⁸

Além dos já referidos canais de penetração da norma jurídica na vida social, integra-se ao conjunto, como um quarto conduto:

- iv) as políticas públicas coerentemente formuladas e devidamente implementadas por meio dos serviços públicos.

Tal via, desde que calcada na máxima da equidade, da supremacia do interesse público e da sustentabilidade em todas as suas dimensões, pode ter a potencialidade de impedir ou de minimizar as causas e/ou os efeitos perversos da degradação ambiental por meio de medidas de prevenção, bem como enfrentar os riscos imprevisíveis, especialmente advindos do desenvolvimento científico, tecnológico e da informação, criados pela sociedade do conhecimento, com a adoção equilibrada, razoável e proporcional do princípio jurídico ambiental da precaução.

Com efeito, no curso da história, as concepções de causalidade e de responsabilidade, relativamente à ocorrência de danos socioambientais, foram mudando de patamar, conforme as relações tecidas pelo conjunto social.

Nessa trajetória, nota-se que na chamada pré-modernidade, os fenômenos da natureza, como pestes, enchentes, incêndios eram computados como resultado da ira de Deus ou dos Deuses.

⁴⁶⁸ CESAR DE OLIVEIRA, Maria Cristina. *Meio Ambiente no Pará: fato e norma*. Numa, Belém - PA.: Ed. UFPA, 1993, pp. 14-17

Com o desenvolvimento da ciência, na modernidade, a relação de causa e efeito encontra explicações dentro da lógica científica, o que permite a visualização do nexos causal. A partir de então, torna-se possível a implementação de medidas preventivas e a configuração de responsabilidade, subjetiva ou objetiva.

Contudo, na designada pós-modernidade, o galopante avanço do desenvolvimento científico e tecnológico, de um lado oferece solução a certos problemas, vem produzir efeitos negativos à sadia qualidade de vida. Então, à prevenção, mediante o conhecimento dos danos já ocorridos, deve-se somar a precaução, ou seja, a adoção de medidas contra danos, ainda não existentes, danos em potencial, a fim de que, se possível, nem venham a existir. Além dos fatos mencionados, há, não poucas vezes, a incerteza científica e o desconhecimento social sobre a real extensão e intensidade do risco criado.

Nesse último caso, o nexos de causalidade é sempre mais ou menos inseguro e provisório, já que, os riscos que têm que ser pressupostos como verdadeiros, pois demandam uma consciência teórica e, como tal, oriundas da ciência.⁴⁶⁹

5 À guisa de reflexão

Na sociedade de risco, o conhecimento é fundamental. Mais, ainda, é a socialização desse conhecimento, a fim de que cidadãos conscientes possam, com liberdade real, reivindicar o cumprimento dos direitos fundamentais e tecer um modelo de desenvolvimento, fundado na igualdade de oportunidades.

Nesse cenário, e conforme Pierre Muller,⁴⁷⁰ as políticas públicas consistem no *locus* onde uma dada sociedade ergue sua relação com o mundo e as representações de sua própria realidade e atuação sobre o real, tal como o percebe, refletindo, por exemplo sobre quais os riscos que a ameaçam.

Percebe-se, portanto, que os desafios atualmente enfrentados pelo Estado são de expressiva magnitude e alta densidade. Para fazer frente às demandas sociais, o Poder Público, entre outras alternativas, deve buscar em sua própria organização, meios adequados e legítimos de consolidação dos paradigmas de reconhecimento e garantia de direitos fundamentais.

Nesse cenário, uma via possível que se apresenta no seio da Administração Pública e que poderá representar fator positivo para o empoderamento dos cidadãos, consiste na participação ativa e efetiva das Universidades, especialmente as mantidas pelo Poder Público.

Com efeito, são elas núcleo de produção do conhecimento com capacidade de aplicação do saber no desenvolvimento de ações concretas, voltadas à proteção socioambiental, como materialização de políticas públicas formuladas segundo a máxima dos direitos humanos.

Nesse contexto, destaca-se o papel histórico das Universidades, entidades dotadas de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, cuja missão a ser cumprida, com observância dos princípios fundamentais da liberdade

⁴⁶⁹ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borràs (trad). Barcelona: Paidós, Surcos 25, 2006, p. 31-34.

⁴⁷⁰ MULLER, Pierre. *Las Políticas Públicas*. Jean-François Jolly e Carlos Salazar Vargas (trad.). Bogotá: Universidad Externado do Colombia, 2006, p. 95.

de aprender, de ensinar, de pesquisar e de divulgar o pensamento, a arte e o saber; do pluralismo de ideias e, da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão, tem como meta fundamental a promoção humanística, científica e tecnológica.

Assevera Edgar Morin:⁴⁷¹ “A Universidade, defende, ilustra e promove, no mundo social e político, valores intrínsecos à cultura universitária, tais como a autonomia da consciência e a problematização, cujas consequências expressam-se no fato de que a investigação deve manter-se aberta e plural, que a verdade tenha sempre primazia sobre a utilidade, que a ética do conhecimento seja mantida”.

Pautadas nessas premissas e por meio do reconhecimento de suas amplas responsabilidades socioambientais, as Universidades, especialmente quando voltadas à realidade amazônica, podem funcionar como elemento catalisador e provocar:

- i) a conjugação de esforços e a cooperação com setores específicos do poder público e da sociedade civil vocacionados à promoção da sustentabilidade socioambiental;
- ii) a integração do conhecimento gerado na academia nas mais diversas áreas e por todos os que integram a comunidade universitária com a sabedoria popular e as práticas do cotidiano;
- iii) a indução da participação e o envolvimento das populações na conquista do bem-estar coletivo; e,
- iv) o fomento do incremento real de sadia existência, por meio da desafiadora missão de geração e transmissão do conhecimento e de valores republicanos.

Os produtos assim gerados podem resultar em marco referencial para transformação de situações socioambientais caóticas. Devem permitir serem reproduzidos, com as devidas adaptações, em várias situações e localidades, a fim de gerar maximização de benefícios e minimização de custos sociais, ambientais, econômicos e culturais, por excelência.

Incumbe às Universidades, como prestadoras de serviços públicos e verdadeiros pilares de sustentabilidade socioambiental, científica e tecnológica, processar os resultados das pesquisas científicas, em todos os seus escaninhos, para conceber produtos e processos, que vinculados à supremacia do interesse público, possam representar via sólida de promoção de uma sociedade mais livre, justa e solidária.

Referências

ABRAMOVICH, Víctor. Una Aproximación al Enfoque de Derechos en las Estrategias y Políticas de Desarrollo, In: *Revista de la Cepal* 8, abril 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2014.

BECK, Ulrich. Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borràs (trad). *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidade*, Paidós, Surcos 25, Barcelona, 2006.

CESAR DE OLIVEIRA, Maria Cristina. *Princípios Jurídicos e Jurisprudência Socioambiental*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009.

CESAR DE OLIVEIRA, Maria Cristina. *Meio Ambiente no Pará: fato e norma*. Numa, Belém – PA: Ed. UFFPA, 1993.

⁴⁷¹ MORIN, Edgar. *Educação e complexidade: os sete saberes e outros ensaios*. Maria da Conceição Almeida e Edgar de Assis Carvalho (Orgs.), São Paulo: Cortez Editora, 2002, p.15.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. Poder Público, Serviço Público: crise e conciliação, *Revista de Direito do Estado-RDE*, nº 4 (outubro/dezembro 2006), Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MORIN, Edgar. *Educação e complexidade: os sete saberes e outros ensaios*. Maria da Conceição Almeida e Edgar de Assis Carvalho (Orgs.), São Paulo: Cortez Editora, 2002.

MULLER, Pierre. *Las Políticas Públicas*. Jean-François Jolly e Carlos Salazar Vargas (trad.). Bogotá: Universidad Externado do Colombia, 2006.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Laura Teixeira Motta (trad.), São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

VÁZQUEZ, Daniel e DELAPLACE, Domitille. Políticas Públicas na Perspectiva de Direitos Humanos: um campo em construção. In: SUR. *Revista Internacional de Direitos Humanos / Sur* – Rede Universitária de Direitos Humanos – v. 1, n. 1, jan.2004 – São Paulo, 2004.

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

OLIVEIRA, Maria Cristina Cesar de. Políticas públicas, serviços públicos e a proteção socioambiental. In: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). Problemas emergentes da Administração Pública. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. *Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 167-175.

DIREITO ADMINISTRATIVO, ACCOUNTABILITY E O CADASTRO NACIONAL DE PRESOS COMO INSTRUMENTO DE GESTÃO EFICIENTE DO SISTEMA PRISIONAL

MARIA TEREZA UILLE GOMES

1 Contexto prisional brasileiro

Não é de hoje que o sistema prisional brasileiro destaca-se pela falta de estrutura física e humana, pela precariedade de condições e pela falta de mecanismos de gestão que possibilitem o enfrentamento dos problemas de forma mais efetiva.

O crescimento da população carcerária brasileira nas últimas duas décadas ultrapassou o percentual de 400% e a curva de crescimento continua ascendente, com raras exceções.

O cenário é de superpopulação carcerária. Dados do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (InfoPen) divulgados no final de 2014 mostravam que no Brasil, em dezembro de 2013, havia 581.507 presos no Sistema Penitenciário e nas delegacias de Polícia⁴⁷² (neste dado não estavam incluídas as prisões domiciliares). Faltavam, no entanto, 255.588 vagas.

Se a esse cenário fosse acrescida uma parcela significativa dos cidadãos que têm prisão decretada e ainda não foram detidos, a realidade seria ainda pior. Informações do Banco Nacional de Mandados de Prisão (BNMP), do Conselho Nacional de Justiça, de fevereiro de 2015, mostravam a existência de 438.589 mandados de prisão aguardando cumprimento nos vários estados brasileiros.⁴⁷³ Mesmo sabendo-se que o número de mandados de prisão é maior que o número real de pessoas a que se referem, já que cada indivíduo pode ter mais de um mandado contra si, os números são muito preocupantes. A estrutura atual e projetada do sistema carcerário não absorveria tal demanda.

⁴⁷² BRASIL. Ministério da Justiça. *Quadro geral da População Carcerária – Sintético – Dez. 2013*. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparencia-institucional/estatisticas-prisonal/anexos-sistema-prisonal/populacao-carceraria-sintetico-dez-2013-1.pdf>>. Acesso em: 04 maio 2015.

⁴⁷³ Informações do BNMP, acessadas em 25 fev. 2015.

O investimento para construção de novos prédios e o montante necessário à manutenção e à gestão de novas vagas no sistema é um complicador. O custo mínimo para a construção de novas vagas é estimado pelo Ministério da Justiça em R\$30 mil por preso. Logo, seriam necessários R\$7,65 bilhões para a construção das vagas necessárias para suprir a superlotação (255 mil vagas) e mais de 13 bilhões para dar conta dos mandados de prisão pendentes de cumprimento (438 mil vagas). O custo mensal da gestão prisional, por sua vez, pode ser calculado à razão de R\$2 mil por mês por preso. Ou seja, os Estados, que já despendem, mensalmente, a quantia aproximada de R\$1,1 bilhão com a gestão de 550 mil presos, ainda teriam que aumentar a capacidade de investimento na gestão mensal do sistema prisional para dar conta de atender à demanda, em permanecendo a lógica de gestão atual do sistema e a forma de atuação da Justiça no país.

A questão traz ainda outros vieses. Num sistema totalmente sobrecarregado, incorpora-se, a cada dia, mais e mais presos cautelares (grande parte detidos por crimes não violentos, com recorte significativo para o envolvimento com drogas - o tráfico de drogas, em 2007, representava 10,5% do total da população prisional. Em 2012, o percentual passou a 25%. Hoje, responde pela metade da população prisional feminina). O “Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil”, do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, que traz dados de junho de 2014, mostrou que 41% dos presos no Brasil não têm condenação definitiva. A prisão cautelar, que deveria ser exceção, parece ter virado regra, como já apontava o Relatório da Organização das Nações Unidas (ONU), publicado em 30 de junho de 2014, em que o Grupo de Trabalho em Detenções Arbitrárias apresentou algumas constatações e fez recomendações ao Brasil:

O fato de que a privação de liberdade está sendo usada como o primeiro recurso em vez de o último, como seria exigido pelos padrões internacionais de direitos humanos, é uma tendência preocupante. O Brasil tem uma das maiores populações prisionais do mundo e a maior da América Latina. O uso excessivo da prisão preventiva contribui para a superlotação, pouca efetiva separação de presos condenados de presos em prisão preventiva e recursos excessivos contra sentenças condenatórias. Recorde-se que o uso excessivo de detenções antes do julgamento também contradiz regra básica dos princípios da lei, e também tem maiores implicações para os detentos, que estão expostos a ameaças contra a sua vida, integridade física e saúde, e de abuso e maus-tratos por guardas e policiais⁴⁷⁴ (ONU, 2014, tradução nossa).

Ou, ainda, nas palavras da Promotora de Justiça Ana Cláudia Bastos de Pinho, em apresentação feita na Reunião Regional de Especialistas sobre Prisão Preventiva realizada em maio de 2013, em Washington, na sede da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão da Organização dos Estados Americanos:

Muito embora a legislação brasileira, em 2011, tenha adotado um sistema polimorfo de medidas cautelares, estabelecendo claramente a excepcionalidade da prisão preventiva e possibilitando formas alternativas (tais como fiança, restrições de direitos, monitoramento

⁴⁷⁴ Conclusões nº 137 e 138 do documento da ONU: UNITED NATIONS. Report of the Working Group on Arbitrary Detention on its visit to Brazil (18 to 28 March 2013). Junho 2014. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session27/Documents/A_HRC_27_48_Add_3_ENG.doc>. Acesso em: 05 fev. 2015.

eletrônico), a privação da liberdade segue sendo a principal base da intervenção cautelar na pessoa do acusado. Fica bastante clara, aqui, a manutenção de uma cultura inquisitiva, em que a apreensão do corpo do acusado aparece como a única forma de obtenção de prova (esquecendo-se que, numa democracia, a ninguém se exige produzir prova contra si próprio), por meio de confissões e delações, bem como a insistência em uma política criminal de defesa social, atravessada pelo discurso da eficiência punitiva, ainda que pagando o preço da violação dos direitos humanos das pessoas privadas de liberdade. Sem dúvida, esse tipo de postura viola os valores insertos na Constituição brasileira, bem como nas Cartas Internacionais das quais o Brasil é signatário, em especial, o Pacto de San José da Costa Rica. O gravíssimo risco que se tem corrido com essa prática é, portanto, o desrespeito ao princípio da presunção de inocência (basta lembrar, aqui, as lições de Luigi Ferrajoli, para quem, inclusive, é praticamente impossível compatibilizar o instituto da prisão preventiva com a presunção de inocência) e, como consequência, o comprometimento do Estado Constitucional de Direito e da própria democracia⁴⁷⁵ (PINHO, 2013, p. 1 e 2).

Recente estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) e do Departamento de Política Penitenciária do Ministério da Justiça (Depen) mostra claramente a desproporcionalidade na aplicação da prisão cautelar: 37,2% dos réus submetidos à prisão provisória não são condenados à pena privativa de liberdade ao final do processo. Isso representa em torno de 90 mil pessoas que não serão condenadas à prisão, quando julgadas, como afirma Victor Martins Pimenta, Coordenador-Geral do Programa de Fomento às Penas e Medidas Alternativas, do Departamento Penitenciário Nacional, do Ministério da Justiça:

Projetando esse achado para o gritante número de presos provisórios no país, que ultrapassou a marca de 240 mil pessoas em dezembro de 2013, é provável que tenhamos cerca de 90 mil homens e mulheres encarcerados que, por diversas razões, não serão condenados à prisão, na maior parte dos casos com sentenças de absolvição ou de condenação a penas alternativas.⁴⁷⁶ (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014).

O excesso de prisões cautelares também pode ser verificado a partir dos recentes resultados verificados no projeto “Audiência de Custódia”, implantado como piloto na cidade de São Paulo. Lançado em fevereiro de 2015, numa iniciativa do Conselho Nacional de Justiça, em parceria com o Ministério da Justiça, o Tribunal de Justiça e o Governo paulista, o projeto objetiva garantir que, em até 24 horas, o preso em flagrante seja entrevistado pelo juiz, em audiência na qual sejam ouvidos o Ministério Público, a Defensoria Pública ou o advogado do preso. Na audiência, o juiz analisa a prisão sob o aspecto da legalidade, necessidade e adequação, se é caso de concessão de liberdade, com ou sem a imposição de outras medidas cautelares, assim como possível ocorrência de tortura, maus-tratos ou outras irregularidades.

⁴⁷⁵ DE PINHO, Ana Cláudia Bastos. *Apresentação no Painel 1: una mirada a la situación de aplicación de la prisión preventiva en la región*. In: Reunión Regional de Expertos sobre Prisión Preventiva. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013, Washington. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/ppl/actividades/prisionpreventiva.asp>>. Acesso em: 06 fev. 2015.

⁴⁷⁶ Na apresentação do relatório da pesquisa: MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas - Relatório de Pesquisa - Sumário Executivo*. Disponível em: http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-anexos/pmas_sum-executivo-final-ipea_depen-24nov2014.pdf. Acesso em 05/05/2015.

De 24 de fevereiro de 2015, data da implantação do projeto, até o dia 23 de março, foram realizadas 428 audiências. Em 40% dos casos (172), as prisões em flagrante feitas pela polícia não foram transformadas em preventiva: 167 pessoas obtiveram liberdade provisória e cinco flagrantes foram relaxados. No total, 47 pessoas receberam encaminhamento assistencial.⁴⁷⁷

O projeto piloto da audiência de custódia, assim como o Projeto de Lei do Senado nº 554 (em trâmite desde 2011), que trata do mesmo tema, estão em consonância com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (arts. 3, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 28) e com tratados internacionais editados há mais de 45 anos e ratificados pelo Brasil há 23 anos, que determinam a apresentação do preso à autoridade judicial “sem demora”, tais como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 9º, inc. 3), promulgado no Brasil pelo Decreto nº 592/92, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, inc. 5), promulgada pelo Decreto nº 678/92, ambos inseridos no sistema normativo brasileiro como norma infraconstitucional, mas supralegal.

A política criminal brasileira, causadora da superlotação carcerária, que consiste em objeto de ampla preocupação expressada pela violação de direitos humanos, muitas vezes deixa de abordar com a devida preocupação outro aspecto de fundamental importância sobre a mesma causa: como fazer a gestão prisional e quais são os mecanismos para se obter maior eficiência aliada ao planejamento estratégico de recursos públicos.

Cumprir lembrar que mesmo diante do vertiginoso – e sempre insuficiente – aumento de implemento de recursos públicos nas políticas de encarceramento registrado no Brasil nos últimos anos, a tramitação das leis penais e o atendimento às ordens judiciais pelo Poder Público, diferentemente das demais áreas, não passam por estudo de impacto orçamentário ou por um planejamento para a falta de vagas, como ocorre em outras áreas essenciais e sensíveis, como educação e saúde.

Diante do exposto, da mesma forma que a Constituição Federal e a Lei de Responsabilidade Fiscal exigem o equilíbrio entre receita e despesa e a adoção de providências a serem adotadas pelos entes federados para reduzir as despesas quando ultrapassados os limites de gastos, no campo da execução penal, guardadas as proporções, também há que se buscar uma equação capaz de equilibrar a porta de entrada e de saída das prisões, numa proporção razoável de taxa de encarceramento por 100 mil habitantes, sem agravar as taxas de criminalidade, especialmente o número de crimes violentos que resultam em lesão grave e morte das vítimas.

2 Sistematização de dados para uma gestão eficaz

Buscando mecanismos para minimizar o problema da superlotação carcerária e possibilitar melhores condições de vida e respeito aos direitos humanos dos presos, de modo articulado com a implantação de programas de educação e trabalho visando à ressocialização dos detentos, o Estado do Paraná destacou-se nos últimos anos como exceção nesse cenário de crescimento da população carcerária.

⁴⁷⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. *Projeto Audiência de Custódia completa um mês com 428 atendimentos*. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Institucional/Imprensa/Noticias/Noticia.aspx?Id=26026&f=3>>. Acesso em 04/05/2015.

O Estado deixou de representar 5% da superlotação carcerária no Brasil (de 2011 para 2014),⁴⁷⁸ diminuindo esse índice para 2%. No período, foram cumpridos mais de 80.000 mandados de prisão e, ainda assim, a população carcerária passou de 30.521, em dezembro de 2010, para 27.592, em dezembro de 2014, uma redução de 9,6%, sendo que a superlotação nas delegacias diminuiu 57,8% no mesmo período, de 11.660 presos a mais do que a capacidade para 4.917 presos.⁴⁷⁹

Esse resultado significativo deveu-se especialmente à gestão integrada de informações entre o Executivo e o Judiciário, que culminou com a criação do Cadastro Estadual de Pessoas Privadas de Liberdade (instituído por meio do Decreto Estadual nº 11.880/2014). O sistema online é baseado na solução tecnológica *Business Intelligence* e permite ao gestor monitorar a lotação dos presídios, a porta de entrada e de saída das prisões, conhecer o perfil dos encarcerados - seja nas delegacias ou no sistema penal - e interagir com o Sistema do Judiciário para obter informações sobre benefícios e término da pena.

Como acontece em grande parte dos estados brasileiros, antes da integração de dados que viabilizou a construção do Cadastro Estadual, havia dificuldade e perdia-se muito tempo para se obter informações básicas. O Poder Judiciário não recebia do Executivo, com agilidade, informações como a unidade prisional onde estava recolhido determinado réu, por exemplo, e o Executivo demorava para receber daquele Poder informações como datas para progressão de regime, término de pena, livramento condicional ou concessão de benefícios.

Para resolver o problema, a Secretaria de Estado da Justiça, Cidadania e Direitos Humanos (SEJU) e a Companhia de Tecnologia da Informação e Comunicação do Paraná (CELEPAR) desenvolveram soluções com base na ferramenta tecnológica *Business Intelligence* (BI). Os BIs passaram a ser desenvolvidos em 2011, com base nas informações encaminhadas pelas instituições e órgãos envolvidos na gestão do sistema prisional e em diagnósticos técnicos e estatísticos, sendo possível o cruzamento de dados a partir de 2012, com o Sistema Integrado de Gestão da Execução Penal (BI/SIGEP-PR).

A ferramenta permitiu a integração de informações da SEJU (que até então era responsável pela gestão do Sistema Prisional) com as de diferentes Poderes e Órgãos de Estado, dentre os quais a Secretaria de Estado da Segurança Pública e o Tribunal de Justiça, através de bancos de dados relacionais ou de planilhas previamente padronizadas, o que facilitou a interoperabilidade e a disponibilização de informações - antes quase inacessíveis - com apenas alguns cliques. Assim, foi possível conhecer as reais condições de cada um dos custodiados no Sistema e sua situação prisional, com alto nível de detalhamento. São acessíveis informações como faixa etária, nacionalidade e naturalidade, participação ou não em atividades de escolarização ou de qualificação profissional na unidade, condição socioeconômica, dentre outras características, bem como a situação jurídica e penal, assinalando se é condenado ou preso provisório, tipo de regime de pena e de crime cometido, processos disciplinares pendentes, direito a benefícios, término do cumprimento da pena, entre outros.

⁴⁷⁸ Dados da População Carcerária – Gestão 2011/2014 – Secretaria de Estado da Justiça, Cidadania e Direitos Humanos.

⁴⁷⁹ Dados extraídos do BI SIGEP/SESP.

As informações relacionadas ao Atestado de Pena, recentemente unificado com base nesta mesma ferramenta de BI, consistem em instrumento de extrema importância para salvaguardar o direito à informação do preso e dar previsibilidade ao Estado sobre a data em que cada preso atinge o requisito objetivo para requerer benefícios aos quais tenha direito. Isso facilita o entendimento sobre o fluxo de entrada e de saída do sistema penal, favorecendo o controle sobre disponibilidade e gerenciamento de vagas nas unidades penais e conferindo a dinamicidade necessária para o gestor monitorar com precisão a situação carcerária da população prisional.

A atualização diária das informações sem necessidade de intervenção humana permite agilizar o lapso temporal entre a concessão de benefício pelo Poder Judiciário e o seu cumprimento pelo Poder Executivo, além do monitoramento sobre a oferta de políticas públicas e do fluxo de entrada e de saída da prisão.

Essa organização subsidia o gestor para a tomada de decisões e para a promoção de ações pontuais. O uso de ferramenta de gestão da informação é um caminho para diminuir as hipóteses de encarceramento por crimes não violentos, ou por mais tempo do que determina a lei, e de permitir a progressão antecipada de regime, com critérios objetivos, quando da falta de vagas no sistema prisional. É também um meio eficaz para planejar, de forma diferente, o que se espera das audiências de custódia, de visitas de inspeção e de mutirões, potencializando, assim, o resultado final de controle externo da situação prisional.

O fato hoje, no entanto, é que o Poder Judiciário no Brasil não dispõe de cadastro nominal de presos unificado. Cada Estado tem uma forma diferente de sistema e controle das informações prisionais, o que dificulta que o Conselho Nacional de Justiça tenha uma visão sistêmica e estratégica do tema, necessária para monitorar e fiscalizar os sistemas carcerários do país e também verificar as medidas socioeducativas aplicadas pelos órgãos responsáveis em cada cidade do Brasil, funções precípuas de seu Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF),⁴⁸⁰ criado com base na Lei nº 12.106, em dezembro de 2009.

3 A construção de um Cadastro Nacional de Presos

A fim de instituir e reunir numa mesma base de dados as informações atualizadas e nominais e criar, no âmbito do Poder Judiciário (CNJ), o Cadastro Nacional de

⁴⁸⁰ O DMF tem como principais atribuições:

- Planejar, organizar e coordenar mutirões para reavaliar prisões provisórias e definitivas. Além de verificar as medidas de segurança, a internação de adolescentes e promover o aperfeiçoamento de rotinas carcerárias;
- Acompanhar e propor soluções a respeito das irregularidades verificadas nos sistemas carcerários e nas execuções das medidas socioeducativas;
- Implementar projetos de capacitação profissional e reinserção social do interno e do egresso do sistema carcerário;
- Uniformizar procedimentos e estudos para aperfeiçoamento da legislação;
- Acompanhar e monitorar projetos relativos à abertura de novas vagas em relação ao sistema carcerário e verificar o cumprimento da legislação em relação à execução de medidas socioeducativas;
- Acompanhar a implantação e o funcionamento do sistema de gestão eletrônica da execução penal e de acompanhamento eletrônico das prisões provisórias;
- Coordenar a instalação de unidades de assistência jurídica voluntária.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015, disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/organograma/departamento-de-monitoramento-e-fiscalizacao-do-sistema-carcerario-e-do-sistema-de-execucao-de-medidas-socioeducativas-dmf/atribuicoes>>. Acesso em: 14 abril 2015.

Presos - integrando os dados dos mandados de prisão e atestados de pena e cruzando esses dados com informações oriundas do Poder Executivo - é imprescindível que as autoridades responsáveis pela administração prisional enviem ao CNJ, via DMF, dados mínimos,⁴⁸¹ atualizados e de forma permanente, num mesmo formato, como já ocorre com o Banco Nacional de Mandados de Prisão (BNMP), do CNJ.

São fundamentais para uma boa gestão do sistema e para a garantia de direitos dos presos, a disponibilização de informações como: nome completo do preso; RG; unidade federativa do documento; data de nascimento; data da última prisão; se é preso da Justiça Federal ou Estadual; o município e a unidade penal onde está recolhido; a capacidade da unidade penal onde está detido; sexo; nacionalidade; nome da mãe e do pai; CPF; título de eleitor; regime de pena; data em que o preso foi condenado; número do prontuário do preso; se tem mandado de prisão cumprido; data de emissão do último atestado de pena; data para progressão de regime.

A reunião desses dados do Judiciário e do Executivo, através de um Cadastro Nacional de Presos vinculado ao CNJ, é que permitirá uma visão organizada e estruturada de forma sistêmica de quem são, onde estão e qual a data prevista para obter progressão, livramento condicional ou término de pena, a partir do atestado de pena. Após a implementação desta ferramenta, se houver a integração entre o Banco de Mandados de Prisão (BNMP) e o Cadastro Nacional de Presos, também será possível identificar o tipo penal e por que as pessoas estão presas, permitindo-se planejamento estratégico e dados essenciais para estudos consistentes sobre política criminal e estratégias de desencarceramento.

Organizar-se-á, assim, a cultura da avaliação institucional em relação às pessoas presas em determinado presídio, por um prisma sistêmico. Isso permitirá que, em relação aos condenados, seja organizada uma lista de ordem cronológica de benefícios, com base no atestado de pena (direito do preso e dever do Juiz⁴⁸²), indicando quais são os presos que estão mais próximos de obter a liberdade.

Este Cadastro Nacional de Presos ficaria disponível no CNJ para consulta das autoridades competentes, inclusive para que fossem disponibilizadas informações transparentes e completas, em sede de *habeas corpus*, indicando, por ordem cronológica, quais e quantos são os presos mais próximos da porta de saída em uma determinada unidade penal. O sistema também permitiria alertar quais e quantos presos estão recolhidos há mais de 90 dias sem sentença.

No âmbito do Executivo Nacional, os gestores prisionais, através do Conselho Nacional de Secretários de Estado da Justiça, Cidadania e Administração Penitenciária (CONSEJ), instituíram o embrião do Cadastro Nacional de Presos e passaram a compartilhar os dados com o DEPEN Nacional.

Entretanto, alguns Estados ainda não enviaram os dados, incluindo São Paulo. Os demais Estados mandaram informações, mas precisam manter o banco de dados atualizado, com envio permanente e periódico.

⁴⁸¹ Já encaminhados como sugestão ao CNJ.

⁴⁸² É dever do Juiz da execução emitir, anualmente, atestado de pena a cumprir, nos termos do artigo 66, inciso X, da Lei de Execução Penal (LEP). O acesso ao documento é direito do preso, nos termos do artigo 41, inciso XVI da Lei referida. Também a Resolução nº 113/2010 (e alterações), expedida pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que dispõe sobre o procedimento relativo à execução de pena privativa de liberdade e da medida de segurança, uniformizou procedimentos no âmbito dos Tribunais, estabelecendo o conteúdo mínimo para emissão do respectivo atestado e a necessidade de entrega ao apenado, mediante recibo e os prazos para expedição.

Necessário se faz que esses dados mínimos do Executivo sejam remetidos ao Poder Judiciário, via CNJ, a fim de que sejam cruzados com os dados oriundos de quem determina a prisão e planeja o seu término, para consolidar de forma interativa o Cadastro Nacional de Presos no CNJ.

A consolidação de dados no Cadastro Nacional de Presos é que permitirá ao Judiciário, via DMF, uniformizar padrões mínimos para a elaboração da lista de ordem cronológica de benefícios, com dados extraídos dos mandados de prisão, sentenças condenatórias e atestados de pena.

Este é o caminho para permitir a progressão antecipada de regime, com critérios objetivos, quando da falta de vagas no sistema prisional; soltar os que estão mais próximos da porta de saída e evitar a impunidade dos que foram recém condenados e precisam de uma vaga para implantação no sistema.

Este é o início da trilha para uma gestão inteligente do sistema penal brasileiro e para a *accountability* do sistema:

Noção sem tradução razoável para o português, *accountability* expressa, ao mesmo tempo, controle, responsabilização e prestação de contas. Também costuma descrever o desejo da autoridade (eleita ou não) em ser *accountable*, isto é, de ser responsável e de prestar contas. Neste último sentido, *accountability* parece estar estreitamente relacionado a outro termo sem tradução: *responsiveness* (responsividade ou interesse em ser responsivo, em prestar contas, em responder por seus atos a outro). *Accountability* envolve, portanto, uma relação jurídica e política entre atores, instituições e atores/instituições.⁴⁸³

Sistematizar informações para produzir conhecimento que possibilite um melhor gerenciamento do sistema; para que se possa construir políticas públicas que respondam aos desafios do sistema prisional brasileiro; para que a sociedade e todos os atores das esferas política e jurídica possam acompanhar, cobrar e colaborar para um novo cenário é o que se espera.

O administrador público deve se guiar por vários princípios constitucionais, dentre os quais o princípio da eficiência em busca de resultados (*accountability*), pautado em critérios responsáveis de gestão e fundado em estudos cientificamente embasados para elaboração de diretrizes e critérios claros de aplicação da pena, com impessoalidade, isonomia, moralidade e proporcionalidade, conforme preconizado por lei.

Entretanto, no que toca ao gestor do sistema prisional, várias questões relacionadas precisam ser enfrentadas para organização e sistematização de dados, de forma a permitir a integração entre o Executivo e o Judiciário, capaz de enfrentar o encarceramento desnecessário, principalmente por crimes não violentos.

Atualmente, dentro da gestão do sistema prisional, um dos temas mais exemplificativos e inquietantes revela-se no vertiginoso crescimento de presos em decorrência da Lei de Drogas.

Diversos estudos têm sido realizados neste sentido, sendo que o tema Política sobre Drogas e Superlotação Carcerária já foi, inclusive, objeto de Debate de Alto Nível realizado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), na Casa da ONU no Brasil, em abril de 2015. Neste encontro, foram relatados estudos anteriores

⁴⁸³ TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas. Prefácio. In: ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Conselho Nacional de Justiça: Estado democrático de direito e accountability*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 18.

e outros que estão sendo desenvolvidos atualmente sobre o perfil dos apreendidos por tráfico de drogas, entre os quais, um estudo técnico realizado pela Secretaria de Estado da Justiça, Cidadania e Direitos Humanos do Paraná para tentar estabelecer parâmetros comparativos para o requisito objetivo da Lei nº 11.343/2006,⁴⁸⁴ sobretudo em relação ao que seria pequena quantidade de droga.

Entre as pesquisas já realizadas, registram-se duas principais: uma desenvolvida pela Universidade de São Paulo, e outra, em parceria entre a Universidade Federal do Rio de Janeiro e a Universidade de Brasília. Esta última, realizada entre 2007 e 2009, que envolveu juízes de primeira instância dos foros centrais do Rio de Janeiro e de Brasília, afirma:

(...) o perfil dos condenados por tráfico de drogas no foro central da cidade do Rio de Janeiro é de primários (66,4%), presos em flagrante (91,9%) e sozinhos (60,8%), sendo que 65,4% respondem somente por tráfico (art. 33, sem associação ou quadrilha), e 15,8% em concurso com associação. Destes, 14,1% foram condenados em concurso com posse de arma, sendo 83,9% do sexo masculino, e 71,1% dos casos presos com cocaína. Destes, 36,9% receberam penas acima de 5 anos de prisão.

Em Brasília (DF), o número de réus primários condenados é menor, ficando em 38%, sendo ainda um pouco inferior o percentual de presos em flagrante (83,5%), mantendo-se a prevalência de presos sozinhos em 60,5%. Na capital federal, 72,2% respondem somente por tráfico (sem associação ou quadrilha), e apenas 10,8% em concurso com associação. O percentual de condenados por tráfico de drogas em concurso com posse de armas é bastante inferior ao Rio de Janeiro (0,6%). Com relação ao sexo do acusado, 73,1% são do sexo masculino, sendo a maconha a droga mais encontrada (46,9% dos casos). No DF, 68,7% das sentenças se referem a quantidades de maconha inferiores a 100g, e em 50% dos casos, a quantidade de cocaína encontrada foi de até 106g.⁴⁸⁵

Para Luciana Boiteaux (*Ibidem*) “o dado é eloquente no sentido de revelar que, à diferença da ideia difundida pelo senso comum, o traficante condenado não é por definição integrante de organização criminosa, nem atua, necessariamente, em associação”.

Segundo o InfoPen/2005, o tráfico de drogas representava 13,4% da população carcerária nacional, ao passo que, segundo o InfoPen/2012, este número cresceu para 24%, sendo que em relação às mulheres alcançou o percentual de 59%. Quando analisado o tráfico transnacional, por sua vez, verifica-se que este permanece no índice de 1% da população carcerária nacional, segundo o InfoPen. Tratando-se do Brasil, um país com baixa produção de drogas, este dado revela que atualmente o Poder Público se ocupa em custodiar a ponta do tráfico de drogas.

Em estudo iniciado no Estado do Paraná, em 2014, por meio da Secretaria de Estado da Justiça, Cidadania e Direitos Humanos, sobre o perfil dos presos por tráfico de drogas, verificou-se - em resultado parcial para definição de grupo amostral para

⁴⁸⁴ GOMES, Maria Tereza Uille. *Estudo técnico para sistematização de dados sobre informações do requisito objetivo da Lei nº 11.343/2006*. Secretaria de Estado da Justiça, Cidadania e Direitos Humanos, Curitiba, 2014. Disponível em: <http://www.antidrogas.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=153>. Acesso em 08/05/2015.

⁴⁸⁵ BOITEUX, Luciana. Tráfico e Constituição: um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e de Brasília no crime de tráfico de drogas. In: *Revista Jurídica*, Brasília, v. 11, n. 94, p. 1-29, jun/set. 2009

pesquisa - dados preocupantes: nas unidades penitenciárias femininas da capital paranaense o índice do crime “tráfico de drogas” ultrapassou 90%, sendo que este crime representa um percentual de cerca de 30% da população carcerária geral do Estado.

Além disso, no estudo visando delimitar quantidade compatível com uso diário de droga, verificou-se, em análise preliminar da amostragem determinada para a pesquisa, que aproximadamente 50% dos presos tinham sido apreendidos com quantidade inferior de droga em relação ao critério apontado no estudo, sendo que, destes, 22% estavam encarcerados unicamente por este crime. Destes 22% dos presos, apenas por tráfico de drogas por pequena quantidade, 5,5% não tinham certidão de antecedentes criminais, ou seja, tratava-se da primeira prisão.

Percebe-se, portanto, resultado preliminar similar ao que fora coletado em pesquisas feitas anteriormente: a prisão especialmente de usuários/microtraficantes representa atualmente grande causa de encarceramento.

O Ministério Público Federal, também preocupado com esta temática, formou Grupo de Estudos, em 2014, para analisar a dosimetria da pena aplicada a tráfico de drogas, com publicação de resultados prevista para junho de 2015. Em amostra de resultados parciais, relatada durante o evento realizado pelo PNUD, em abril deste ano, pela Subprocuradora-Geral da República, Raquel Dodge já demonstrou a necessidade de uniformização de tratamento em razão de graves disparidades encontradas. Situações tão distintas como tráfico transnacional de quantidades expressivas de drogas e situações tipificadas como tráfico doméstico com algumas gramas, inclusive com natureza e quantidade compatíveis para uso pessoal - geraram mesmo tratamento penal. O estudo revela, por exemplo, que Tribunais de Justiça condenaram, igualmente, a penas entre seis e sete anos de prisão, réus processados com a apreensão de 3 gramas de maconha e de 1,15 toneladas da droga. A mesma pena, de quatro a cinco anos, foi aplicada a agentes encontrados com cocaína em quantidades que variavam de 3,5g a 28 quilos, ou a pessoas na posse de crack em quantidades que variavam de 3,5 a 16,5 gramas.

No estudo também registrou-se o tratamento proporcionalmente mais brando da Justiça Federal em relação à Justiça Estadual nos casos de tráfico, sendo que nesta última acaba-se punindo com igual ou maior rigor os casos de menor relevância sob o ponto de vista de quem a legislação pretende reprimir (tráfico doméstico em detrimento do transnacional).

Atento a esta mesma questão, o Ministro Gilmar Mendes, acompanhado pela unanimidade dos Ministros da Segunda Turma do STF, no julgamento do HC nº 123221, além de desclassificar o crime de tráfico de drogas para pessoa que portava pequena quantidade de droga, recomendou ao Conselho Nacional de Justiça a realização de estudos que permitam isonomia de tratamento e melhor fundamentação de política criminal.

Faz-se necessário que órgãos colegiados próprios subsidiem e aprofundem referências sobre o tema, sobretudo no tocante ao que seria pequena, média e grande quantidade de droga, permitindo-se subsídios técnicos para diferenciação objetiva de casos, com atenção ao que preconiza o artigo 42 da Lei nº 11.343/2006, até hoje não regulamentado neste aspecto.

A Lei de Drogas, diretamente associada à causa de encarceramento e de superlotação carcerária, consiste em tema emblemático para reflexão. Inicialmente, cumpre refletir sobre o papel do Poder Legislativo, com as funções de representar, de legislar e de controlar o Poder Público, sendo esta última função intrínseca à necessidade de estabelecer mecanismos e critérios para que a implementação de políticas públicas

ocorra de forma responsável e pautada em discussões legitimamente respaldadas por uma representação plural.

Não sem os motivos que o controle preventivo de constitucionalidade exige, durante a tramitação de projetos de leis, que passem pela análise técnica de diferentes setores do Congresso Nacional, incluindo-se, na maioria das vezes, a Comissão de Tributação e Finanças. No caso das leis penais, mesmo em relação às leis editadas após a Lei de Responsabilidade Fiscal, não há controle orçamentário, inobstante representarem significativo impacto à gestão pública, sobretudo dos Poderes Estaduais, que arcam com o custo mensal pela custódia de presos.

O Projeto de Lei do Senado – PLS nº 513, de 2013 – elaborado por Comissão de Juristas - destacou expressamente esta questão como embasamento a proposições de atualização da Lei de Execução Penal já vigente.

Premissa também fundamental para as modificações propostas é a tomada em conta da realidade alarmante que circunda a questão penitenciária no Brasil, contexto que envolve, de um lado, a legítima preocupação com o crescimento da violência e da criminalidade, mas de outro, assombroso crescimento da população carcerária, nas últimas décadas, em proporção inédita na história do País e mesmo de todo o mundo. Por tais razões, a execução penal é parte integrante e essencial da Política de Segurança Pública, dever e responsabilidade de todos.

Note-se que a população carcerária nacional, estimada pelo Ministério da Justiça em 333.912 pessoas em 2005, passou à cifra de 549.577 em dezembro de 2012, o que significa o crescimento do índice proporcional de 181 para 279 presos por 100 mil habitantes em menos de uma década. Considerando a velocidade média de crescimento da população carcerária e de geração de vagas, a mais simples projeção estatística indica um cenário extremamente preocupante para as próximas décadas, podendo chegar a mais de 1 milhão de presos em dez anos, além do alarmante cenário de violação de direitos humanos e fundamentais sobre o qual foi o Brasil chamado a responder e a se justificar recentemente na Assembleia da Organização das Nações Unidas.

Um cálculo aproximado indica que atualmente as Secretarias de Estado responsáveis pela execução penal gastam, em média, 2 mil reais mensais para a manutenção de cada um dos mais de 550.000 presos no Brasil, o que equivale a 1 bilhão e 100 milhões de reais por mês para a manutenção do sistema carcerário, com carceragens superlotadas, além do custo de manutenção dos presídios federais pelo Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN. Para eliminar o déficit carcerário existente no País em 2012, quando a superlotação era de 240.503 vagas, seriam necessários mais de 7 bilhões para a construção de novas vagas. O Brasil é o quarto país do mundo em número absoluto de presos.

Algo ainda mais grave do que a ausência de planejamento estratégico da política criminal do país é a indiferença com as consequências quando projetadas à realidade de quem está no interior das unidades prisionais do país, em ambientes superlotados e desumanos.⁴⁸⁶

Também interessante seria a previsão legal de dispositivo semelhante ao art. 11 da Lei nº 11671/2008 (lei sobre transferência e inclusão de presos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima), que estabelece que a lotação máxima não será

⁴⁸⁶ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal: teoria crítica*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 542.

ultrapassada (art. 11, caput) e que o número de presos, sempre que possível, será mantido aquém do limite de vagas, para que delas o Juízo federal competente possa dispor em casos emergenciais (art. 11, §1º). Tal previsão deveria ser destinada a todos os estabelecimentos penais do país – não só os federais de segurança máxima – inclusive por respeito aos princípios da isonomia (não discriminação entre os presos) e da proporcionalidade (se existe limitação da lotação dos estabelecimentos penais federais de segurança máxima, não há razão para desconsiderá-la nos demais estabelecimentos do país).

A ausência de vagas também foi expressamente prevista pelo PLS nº 513/2013 acima citado, no artigo 85, quando menciona que “o estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade, vedado o recebimento de presos além da capacidade prevista”. Buscando adequar a ausência de vagas com a garantia da dignidade humana, a Secretaria de Estado da Justiça, Cidadania e Direitos Humanos propôs, no Paraná, que até que sejam construídos estabelecimentos penais adequados, a falta de vagas enseja o imediato Mutirão Carcerário pelo Poder Judiciário, com a consequente antecipação de progressão de regime mais benéfico ou de livramento condicional para os presos com bom comportamento que estejam mais próximos de atingir o requisito objetivo, evitando-se que presos recolhidos em Penitenciárias ou carceragens de Delegacias de Polícia sofram desvio de execução.

Outra questão importante destacada no referido PLS nº 513/2013 foi a vedação de contingenciamento de recursos do Fundo Penitenciário, permitindo-se amenizar a grave crise carcerária vivenciada no Brasil. Nos últimos anos, houve a destinação de 1 bilhão de reais para novos estabelecimentos penais, embora ainda permaneça contingenciada a maior parte dos recursos do referido Fundo, permanecendo com os Estados a responsabilidade integral pelo custo da gestão das vagas.

Uma política integrada de gestão entre a União e os Estados também se mostra necessária na medida em que os custos de um estabelecimento penal não se resumem ao valor para a sua construção, mas também e principalmente ao custo mensal de sua manutenção e gestão, que ultrapassa o valor das obras em prazo pouco superior a um ano, o que inviabiliza muitas vezes a ampliação do sistema carcerário pelos Governos Estaduais.

Ainda assim, insta registrar que dos recursos previstos para novas obras, apenas uma pequena parcela foi executada, em virtude de trâmites da Administração Pública, bem como de normativas, a exemplo da Resolução nº 09, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP, que encareceram significativamente o custo das vagas.

No caso da Lei de Drogas, já mencionada, o impacto da gestão foi significativo na medida em que, além de aumentar o número de aprisionamentos, também aumentou a pena de 3 para 5 anos, o que representa, mesmo nos casos de aplicação da pena mínima, uma alteração do regime inicial, do aberto para o semiaberto, impactando diretamente na gestão das vagas.

A diretriz da política de endurecimento penal no tocante ao tráfico de drogas não anteviu e aprofundou as consequências com as quais hoje o país se depara nesta temática, com grande desproporcionalidade no tratamento, muitas vezes deixando de atender crimes violentos e gravíssimos em prol de uma criminalização de condutas não violentas e não envolvidas nem mesmo nos conceitos normativos sobre crime organizado ou associação criminosa.

Mesmo o indulto natalino, enquanto importante política de desencarceramento realizado todo ano – sem prejuízo do estabelecimento de indulto em outras datas – foi vetado pela legislação ordinária, sem respaldo nas vedações constitucionais. Isso porque, embora a Lei nº 8072/1990 e a Lei nº 11343/2006 estabeleçam a vedação de indulto, a Constituição somente prevê a vedação de graça e anistia, que seriam benefícios individuais. Esta inovação legislativa, por lei ordinária, de duvidosa constitucionalidade, também impede um melhor direcionamento para um desencarceramento estratégico de crimes menos graves que hoje se avolumam em todos os estabelecimentos penais do país e que representam, na prática, dramas individuais de diferentes famílias, que acabam por ocasionar a própria potencialização da violência com um aprisionamento muitas vezes desproporcional à conduta.

Por outro lado, a exigência – já reputada inconstitucional – de regime integralmente fechado ou mesmo do regime inicial fechado, somado com interpretações da legislação que aumentam severamente a pena provocando-se o regime fechado, o que inclui o rigor na progressão de regime equiparado a crime hediondo, acentuam o impacto da referida lei na gestão prisional. A consequência deste fato é a superlotação e a ausência de recursos financeiros que afastam, cada dia mais, o principal objetivo que respalda a política carcerária, que é a responsabilização e a ressocialização do preso, a partir de um tratamento humanitário e adequado às diretrizes da Lei de Execução Penal.

Quando se discute política criminal, por sua vez, sempre se questiona: “quem estamos prendendo no Brasil”? Esta pergunta é essencial para análise da seletividade da privação da liberdade, essencial ao sistema penal. O passo inicial de organização sistêmica é o Cadastro Nacional de Presos. Enquanto este não for implementado, o Brasil não terá dados nominais da população carcerária suficientes para orientar a gestão prisional.

Reduzir o número de presos por crimes não violentos e aumentar a efetividade do cumprimento dos mandados de prisão por crimes violentos é um dos maiores desafios, bem como evitar a desnecessária superlotação que conduz à violação de direitos humanos e ao cumprimento de pena em ambientes desumanos, cruéis e degradantes.

A sistematização de dados permitirá que o administrador prisional compartilhe a informação de quantas pessoas estão presas em determinado estabelecimento penal, muitas vezes por ordem de vários juízes, bem como de quantas vagas além da capacidade estão ocupadas, permitindo-se um gerenciamento compartilhado com o Poder Judiciário e também com os demais setores estratégicos para definição de diretrizes de política criminal, a exemplo do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCC), do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), do Conselho Nacional dos Defensores Públicos Gerais (CONDEGE), entre outros. Além disso, a organização estratégica de dados gerenciais também permitirá a constante avaliação e o monitoramento do nível de encarceramento do país, permitindo-se uma política pública planejada, responsável e sensível aos direitos humanos e aos objetivos preconizados pela Lei de Execução Penal.

A organização sistêmica desta questão para saber quem deve ser solto na hipótese de superlotação carcerária passa necessariamente pelo Cadastro Nacional de Presos.

Referências

BOITEUX, Luciana. Tráfico e Constituição: um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e de Brasília no crime de tráfico de drogas. In: *Revista Jurídica*, Brasília, v. 11, n. 94, p. 1-29, jun/set. 2009

BRASIL. Ministério da Justiça. *Quadro geral da População Carcerária – Sintético – Dez. 2013*. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparencia-institucional/estatisticas-prisonal/anexos-sistema-prisonal/populacao-carceraria-sintetico-dez-2013-1.pdf>>. Acesso em: 04 maio 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015, disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/organograma/departamento-de-monitoramento-e-fiscalizacao-do-sistema-carcerario-e-do-sistema-de-execucao-de-medidas-socioeducativas-dmf/atribuicoes>>. Acesso em: 14 abril 2015

DE PINHO, Ana Cláudia Bastos. Apresentação no Painel 1: Una mirada a la situación de aplicación de la prisión preventiva en la región. In: *Reunión Regional de Expertos sobre Prisión Preventiva*. Comissão Interamericana de Derechos Humanos, 2013, Washington. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/ppl/actividades/prisionpreventiva.asp>>. Acesso em: 06 fev. 2015.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *A Aplicação de penas e medidas alternativas: relatório de pesquisa - Sumário executivo*. Disponível em: http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-anexos/pmas_sum-executivo-final-ipea_depen-24nov2014.pdf. Acesso em 05/05/2015.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal: teoria crítica*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014, p. 542

TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas. Prefácio. In: ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Conselho Nacional de Justiça: Estado democrático de direito e accountability*". São Paulo: Saraiva, 2013. p. 18.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. *Projeto Audiência de Custódia completa um mês com 428 atendimentos*. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Institucional/Imprensa/Noticias/Noticia.aspx?Id=26026&f=3>>. Acesso em 04/05/2015.

UNITED NATIONS. *Report of the Working Group on Arbitrary Detention on its visit to Brazil (18 to 28 March 2013)*. Junho 2014. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session27/Documents/A_HRC_27_48_Add_3_ENG.doc>. Acesso em: 05 fev. 2015.

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

GOMES, Maria Tereza Uille. Direito Administrativo, accountability e o Cadastro Nacional de Presos como instrumento de gestão eficiente do Sistema Prisional. In: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). Problemas emergentes da Administração Pública. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. *Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 177-190.

SOLUÇÕES PARA A MOBILIDADE URBANA

RICARDO MARCONDES MARTINS

1 Breve introdução

Tive a honra de participar do décimo painel do XXVIII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, intitulado “Problemas de mobilidade urbana”. Em minha manifestação, procurei apresentar soluções para os problemas da mobilidade. Após, respondi três questões formuladas pela organização do evento. Fiel à minha participação, dividirei este estudo basicamente em *duas partes*: na primeira, apresentarei as propostas que realizei naquela oportunidade; na segunda, enunciarei as respostas que propus aos questionamentos formulados.

Em relação às propostas, observo que tive em mira a realidade que conheço: o Município de São Paulo, capital do Estado de São Paulo e cidade que possui, fato conhecido e irrefutado, um trânsito caótico. O trânsito paulistano é, bem provável, o pior do país. As soluções que propus naquela oportunidade foram, enfim, formuladas para uma metrópole como São Paulo, em que o trânsito já está saturado e a mobilidade tornou-se um problema de difícil solução. Foram duas: a) a necessária prestação direta do serviço de transporte coletivo; b) a compensação urbanística à geração do tráfego pelo empreendedor imobiliário. Passo a explicá-las, na ordem em que foram apresentadas.

2 Prestação direta do serviço de transporte coletivo

A *teoria da concessão de serviços públicos* é bem coerente. Em resumo, é uma resposta jurídica à falta de recursos públicos para prestação de um serviço público. Este, em geral, necessita de infraestrutura. Quando o Estado não possui condições financeiras de instalá-la e o ordenamento lhe obriga a prestar o serviço, a saída é a *prestação indireta*, pela qual o Estado outorga a prestação aos particulares para que eles instalem, com recursos privados, a infraestrutura. Como o *motivo* da outorga é a falta de recursos, o Estado não remunera o prestador. O *elemento essencial da concessão* é que a remuneração decorra da própria exploração do serviço, em geral da cobrança de *tarifas*. Estas têm a

missão de remunerar o prestador e de amortizar, ao longo dos anos em que o serviço será prestado, os investimentos. A concessão deve durar o tempo necessário para que, pela cobrança de tarifas módicas, seja possível a amortização integral dos investimentos. Ao final, com a ocorrência da amortização integral, a infraestrutura reverte ao patrimônio público, e o Estado, ao adquiri-la, passa a ter condições de prestar o serviço por si.⁴⁸⁷

Venho defendendo, no tema, posição minoritária: o Estado só deve valer-se da *prestação indireta* se não tiver condições de prestar diretamente o serviço. Estou convencido, apesar de não ser acompanhado pela maioria dos doutrinadores, do absoluto acerto dessa tese. Explico: a outorga *encarece*, necessariamente, a concessão em decorrência da óbvia razão de que a prestação privada, ao contrário da pública, exige o “lucro” do concessionário.⁴⁸⁸ O Estado não tem razão jurídica para cobrar dos usuários mais do que o custo do serviço. O concessionário, se cobrar apenas o custo, terá sua proposta desclassificada na licitação em decorrência da inexequibilidade. Assim, sem o referido *motivo* — a falta de recursos para prestação —, a outorga é inválida, pois a outorga necessariamente encarece a prestação.

Pela lógica do instituto, a concessão deveria ser sempre *provisória*. Se o Estado outorga a prestação porque não tem condições de realizar os investimentos referentes à implantação da infraestrutura, com o fim da concessão ele adquire, pela *reversão*, a infraestrutura e, assim, deixa de haver motivo para nova outorga. Infelizmente, porém, em absoluta deturpação conceitual, a concessão tornou-se um *negócio eterno*. Terminada uma, realiza-se novo certame para efetuar outra. Mesmo com a infraestrutura instalada e integralmente amortizada, os governantes renovam a parceria privada, não assumem a prestação direta e, pois, não frustram os anseios econômicos do particular. Em países consumidos pela corrupção, essa lógica é facilmente explicada: os corruptos precisam dos corruptores. A parceria com a iniciativa privada é, por evidente, o principal instrumento viabilizador de desvio de recursos públicos.⁴⁸⁹

⁴⁸⁷ Cf. meu *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011, Cap. IV-5.1, p. 221-224.

⁴⁸⁸ O tema do *lucro* do concessionário deve ser bem compreendido. Ele só aparece na formulação da proposta pelo licitante no certame. Se a proposta não prever “lucro”, é *inexequível* e, pois, deve ser *desclassificada*. A partir da classificação da proposta, o tema simplesmente desaparece. Servidores públicos não exercem sua função, regra geral, por benemerência. Fazem-no tendo em vista a remuneração. Apesar disso, ninguém ousaria dizer que eles visam ao lucro. Contratados da administração não cumprem o contrato por benemerência, e sim, em decorrência da contraprestação pactuada. Do mesmo modo, não tem direito a “lucro”, mas à contraprestação pactuada. A lição se estende às concessões. Após a classificação da proposta, o tema do lucro desaparece: o particular que venceu o certame e obteve a concessão tem direito à contraprestação pactuada; o que sobejar não é “lucro” do particular, mas entrada pertencente ao titular do serviço. Cf. meu *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*, *op. cit.*, Cap. VI-3, p. 294.

⁴⁸⁹ Lembra-se, a título de exemplo, dos *tipos de licitação* previstos nos incisos II, III, VI e VII do artigo 15 da Lei Federal 8.987/95 para concessão de serviço público. O legislador prevê como *critério de julgamento* a “maior oferta de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão”. Quer dizer: admite que o governo simplesmente “vende” a prestação do serviço. O particular que pagar mais para prestá-lo, ganha o certame. Só o móvel espúrio dos governantes brasileiros justifica esse texto legislativo. Deveras: é de obviedade ululante que o valor da oferta será incluído na contraprestação exigida pelo concessionário. O poder concedente é juridicamente obrigado a perseguir a prestação mais módica possível; não pode encarecer arbitrariamente os custos da prestação. Na doutrina brasileira, registra-se a crítica isolada de BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. 32. ed. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015, Cap. XII-22, p. 741. O ínclito professor considera válida a cobrança de uma retribuição pecuniária pela outorga apenas nos casos raros em que a remuneração do concessionário não se dá pela cobrança de tarifas, como nos casos de rádio e televisão em que o prestador se remunera pelos anúncios publicitários. Ocorre que a prestação dos serviços de rádio e de televisão são marcados por absurdas deturpações. O concessionário só deveria receber o que exigiu, quando da apresentação de sua proposta. Os superávits econômicos pertencem ao poder concedente e não ao concessionário. Interpretados

Sem embargo, em relação a certos serviços, as razões jurídicas contrárias à prestação indireta são sensivelmente mais fortes. Em relação a eles, a renovação da concessão não implica apenas no arbitrário encarecimento da prestação, com a cobrança injustificada do “lucro” dos concessionários. A *essencialidade* desses serviços para a paz social exige que eles não sejam atribuídos à prestação privada, sob pena de subjugar o Chefe do Executivo aos interesses privados do concessionário. Cito dois exemplos, paradigmáticos.

O primeiro é o fornecimento de *merendas escolares*. Que Prefeito está disposto a ver as crianças das escolas municipais sem merenda? O efeito político e social da não realização da atividade é tão danoso que impede a assunção do risco de uma má prestação privada. Quando a Prefeitura opta por contratar o particular para fornecer merendas, acaba, regra geral, tornando-se refém dos interesses privados. O segundo exemplo é justamente o *transporte coletivo* de passageiros. Numa grande cidade como São Paulo, a interrupção da prestação do serviço de transporte coletivo paralisa toda a cidade. É possível afirmar que, numa cidade como São Paulo, nenhum Prefeito subiste politicamente a uma interrupção longa do serviço de transporte coletivo de passageiros. Um dia de paralização importa em prejuízos sociais e econômicos significativos. Os malefícios da interrupção em decorrência da má prestação do serviço são tais que impedem a assunção do risco. Quando o Governo viola essa regra e opta pela prestação indireta, torna-se, regra geral, refém dos concessionários.

O Direito não pode ser compreendido com os olhos fechados para a realidade. O *dever ser* só existe em razão do *ser*, de modo que a compreensão do mundo jurídico exige a compreensão do mundo fenomênico a que ele se destina. Certas atividades possuem um “peso político” tão intenso que sua interrupção, se prolongada no tempo, leva inexoravelmente ao colapso do Governo. Quando essas atividades são outorgadas ao particular, como nenhum governante quer perder seu cargo, ele acaba ficando refém dos interesses privados. É o que basta para reconhecer: o Direito, compreendido corretamente, não tolera a concessão dessas atividades, ressalvadas apenas as hipóteses de absoluta impossibilidade da prestação pelo Poder Público por falta de recursos para instalação da infraestrutura.

É possível afirmar que a *prestação indireta* dos serviços públicos é sempre *inconveniente*, pois sempre haverá o risco de o interesse público ser sobrepujado pelo interesse privado. Por isso, ela deve ser *excepcional*: só ocorrer quando o *motivo* referido estiver presente. Em relação a certas atividades, essa inconveniência é elevada à última potência. Em relação a elas, as razões jurídicas contrárias à outorga são sensivelmente mais fortes.

Eis a *primeira solução* para a mobilidade urbana: a prestação do serviço público de transporte coletivo deve ser *direta*, evitando-se que a coletividade corra o risco de ficar à mercê dos interesses privados do prestador. Se a prestação é direta, a definição das rotas, do número de veículos, do valor das tarifas não poderá ser orientada, jamais, pelo interesse privado do prestador. Restará, na execução do serviço, apenas o atendimento do *interesse público*.

corretamente, esses serviços não deveriam levar ao “enriquecimento” dos prestadores, sendo, também em relação a eles, injustificável a “venda da outorga”.

3 Compensação urbanística

A segunda solução para o grave problema da mobilidade urbana numa cidade como São Paulo é a *compensação urbanística*. Como se sabe, está absolutamente superado o entendimento de que o *direito de propriedade* é um direito absoluto. A Constituição brasileira consagra o direito fundamental de propriedade (artigo 5º, XXI), mas impõe ao proprietário o cumprimento da *função social* (artigo 5º, XXII). Ser proprietário é ter as faculdades inerentes à propriedade: o direito de usar, gozar e dispor do bem a que se tem o domínio, de acordo com seu livre-arbítrio. Este, porém, é densamente restringido pelo dever de cumprir uma função social.

Do *direito de propriedade sobre imóvel urbano* extrai-se o *direito de construir*.⁴⁹⁰ Este é definido a partir de um índice urbanístico: o *coeficiente de aproveitamento* – a relação entre a área edificável e a área do terreno.⁴⁹¹ É fundamental perceber que, apesar de existir uma indiscutível *discricionariedade legislativa* na definição do coeficiente básico de aproveitamento, o Legislador deve respeitar os limites constitucionais. *Coeficiente básico* é o inerente ao direito de propriedade, de modo que, em relação a ele, a construção é gratuita, independente de contraprestação.⁴⁹² O Legislador viola o *núcleo essencial* do direito de propriedade e impõe *sacrifício ao direito*,⁴⁹³ caso impeça o direito de construir num imóvel urbano, fixando o coeficiente em zero. Daí a complexa pergunta: qual é o limite? Qual é o *coeficiente básico* que abaixo dele há sacrifício do direito de propriedade? Proponho, ressalvadas excepcionalidades do caso concreto, que esse limite seja um (1,00). Quer dizer: extrai-se do direito constitucional de propriedade, como regra geral, o direito de, em imóveis urbanos, construir fração de área edificável igual à fração do terreno. Fixado o *coeficiente básico*, cabe ao Legislador estabelecer o *coeficiente mínimo*, abaixo do qual considera-se violada a função social da propriedade, e o *coeficiente máximo*, pelo qual se estabelece até onde o proprietário pode construir mediante outorga onerosa do direito de construir.

Não é inerente ao direito de propriedade, portanto, construir acima do coeficiente básico (*rectius*, acima de 1,00). Noutras palavras, inexistente sacrifício do direito de propriedade e, assim, direito à indenização, quando o Legislador obsta o proprietário de construir acima desse coeficiente. Logo, nada impede que o Poder Público imponha *contraprestações* para construção acima do coeficiente básico. A principal delas é aqui chamada *compensação urbanística*.

⁴⁹⁰ Impedir que o proprietário construa em seu imóvel urbano viola, regra geral, o *núcleo essencial* do direito de propriedade. Esse núcleo consiste na utilização *funcional e exclusiva* da coisa. Cf. nosso *Estudos de Direito Administrativo neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015, Cap. 14, p. 497-498. *Funcionalidade*, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, conceitua-se como “a aptidão natural do bem em conjugação com a destinação social que cumpre, segundo o contexto em que está inserido”. (Natureza jurídica do zoneamento: efeitos. *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano XV, n. 61, p. 34-47, jan.-mar. 1982, p. 39). Pouco adiante, o insigne professor esclarece: “Se o Estado vedar edificação em imóvel sediado no interior de um núcleo urbano haverá elidido seu uso funcional, ainda que permita, no mesmo imóvel, utilização agrícola. Com efeito, o uso funcional é aquele compassado, tanto com suas aptidões naturais, quanto com suas destinações comuns ou preponderantes”. (*Idem, ibidem*).

⁴⁹¹ O conceito é extraído do §1º do artigo 28 do Estatuto da Cidade (Lei Federal nº 10.257/01). Para um aprofundamento teórico do tema, vide a magistral obra de CASTILHO, José Roberto Fernandes. *Disciplina urbanística da propriedade: o lote e seu destino*. São Paulo: Pillares, 2010, p. 157 et seq.

⁴⁹² Cf. CASTILHO, José Roberto Fernandes. *Disciplina urbanística da propriedade, op. cit.*, p. 224.

⁴⁹³ O *sacrifício* do direito de propriedade exige, regra geral, prévia e justa indenização em dinheiro. Cf. nosso *Estudos de Direito Administrativo neoconstitucional, op. cit.*, p. 472-478; SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo ordenador*. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 86 et seq.

Toda construção causa *impacto* na vizinhança; em relação à *mobilidade urbana* gera dois tipos de impacto: a) sobre o *trânsito*; b) sobre a demanda de *transporte coletivo*. Nos termos do Estatuto da Cidade (Lei Federal nº 10.257/01), a realização de obras e atividades que causem *significativo* impacto no meio urbano depende, para sua aprovação, de *licenciamento urbanístico* e, neste, da realização de *estudo de impacto de vizinhança* (artigo 36). Nele deve-se apurar, dentre outras questões, justamente a “geração de tráfego e demanda por transporte coletivo” (art. 37, inciso V). *Compensação urbanística* é a compensação imposta ao proprietário, por força da construção empreendida, ao aumento do tráfego e da demanda de transporte coletivo.

Feitas essas considerações, é possível enunciar a *segunda proposta* para o problema da mobilidade urbana em grades centros urbanos: fixado o coeficiente de aproveitamento em um (1,00), toda construção acima desse índice só deve ser admitida se condicionada à *compensação* efetiva e proporcional ao aumento do tráfego e da demanda de transporte coletivo dela decorrentes. O proprietário não precisa compensar o impacto urbanístico causado pela construção relativa ao *índice básico*. Quem constrói uma casa de um pavimento, regra geral, não necessita compensar. Agora, o proprietário que constrói arranha-céus gigantescos, monumentais edifícios comerciais e, pois, acarreta enorme impacto no tráfego e na demanda de transporte coletivo, deve compensar o impacto causado. E como deve fazê-lo? Deve financiar obras públicas, o alargamento de vias, a instalação de semáforos, novas linhas de transporte coletivo, etc. O licenciamento só deve ser deferido caso haja efetiva compensação do impacto pelo proprietário.

Pode-se antever situações em que a compensação não será economicamente viável. O custo das obras e do incremento do transporte coletivo superará muito o lucro gerado pelo empreendimento. Ora, se não é possível a compensação privada do impacto, não há motivo para permitir-se a realização da obra. Como afirmado, não é inerente ao direito de propriedade a construção acima do índice básico de aproveitamento. Há que se distinguir: a) há casos em que a compensação é simplesmente *impossível*, pois o trânsito do local está saturado e a realização de novas obras é tecnicamente inviável — hipóteses em que se impõe o *indeferimento da licença*; b) há casos em que a compensação é *tecnicamente possível*, mas *economicamente inviável*, pois os custos superam muito o lucro do empreendedor — hipóteses em que se impõe o deferimento condicionado à compensação devida, mas é praticamente certa a inexistência de interesse no cumprimento das exigências impostas. Em suma: na hipótese “a” a licença é indeferida; na hipótese “b” o empreendedor não tem interesse em cumprir a compensação urbanística e, pois, de obter a licença.

O Município de São Paulo foi pioneiro no tema. A implantação ou a reforma de Polos geradores de tráfego depende da obtenção de Certidão de Diretrizes, emitida pela Secretaria Municipal de Transportes, na qual são fixadas “medidas mitigadoras de impacto no tráfego decorrentes do empreendimento” (Lei Municipal nº 15.150/10, artigo 3º). Perceba-se: para se construir um polo gerador, o proprietário deve *compensar* o impacto que seu empreendimento causará no tráfego. Há que se registrar três *críticas* à legislação paulista. Primeira: ela limita a compensação ao valor de 5% do custo total do empreendimento; de modo que se o custo das obras necessárias à compensação for superior a esse limite, o que sobeja deve ser arcado pelos cofres municipais e não pelo empreendedor privado. Não há, pois, o mínimo comprometimento com a *proporcionalidade*. Segunda: a lei não permite, tendo em vista o impacto causado,

o indeferimento do pedido. Conforme explicado, muitas vezes a compensação é tecnicamente impossível, impondo o indeferimento. Terceira: a lei não prevê, ao contrário do que faz o Estatuto da Cidade, a compensação ao impacto na demanda de transporte coletivo.

A correção desses três problemas é, eis a tese sustentada no Congresso, uma eficaz solução ao problema que hoje parece insolúvel. Fabricam-se e vendem-se, anualmente, milhares de veículos; todos os dias a frota urbana da cidade de São Paulo aumenta de forma exponencial. Obras públicas custam, levam tempo para serem realizadas. É, por óbvio, impossível, ao Poder Público, nos grandes centros urbanos, compensar satisfatoriamente o impacto que os construtores privados causam à mobilidade urbana.

4 Gestão associada de transporte coletivo

A organização do Congresso apresentou-me três questões para debate. Eis a primeira: o artigo 241 da Constituição, aliado às diretrizes centrais do serviço de transporte público previstas no artigo 8 da Lei nº 12.587/2012 (Lei de Mobilidade Urbana), instituem um *dever de gestão associada dos serviços de transporte coletivo*, notadamente quando possuem caráter intermunicipal e interlocal (este entendido como transporte integrado em regiões metropolitanas – *vide* ADI 2.077/BA)? A questão é complexa.

O referido dispositivo constitucional foi alterado pela Emenda Constitucional nº 19/08 para permitir a “gestão associada de serviços públicos”, bem como a “transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoa e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos”, mediante “consórcios públicos e convênios de cooperação”. A Lei Federal nº 11.107/05 disciplinou os “consórcios públicos” e, por meio deles, a “gestão associada de serviços públicos”.⁴⁹⁴ Venho sustentando, de modo contrário à maioria da doutrina brasileira, a inconstitucionalidade dessa solução.⁴⁹⁵ Ela, a meu ver, deu-se tendo em vista os serviços de *saneamento básico*, que, em geral, dependem de uma infraestrutura muitíssimo cara. Muitos dos 5.570 Municípios existentes no Brasil⁴⁹⁶ não têm condições de cumprir sua missão constitucional. Em face disso, qual é a saída jurídico-científica? Extingui-los.⁴⁹⁷ O reformador da Constituição e o legislador infraconstitucional propuseram outra solução: os Municípios transferem competências privativas para outras entidades federativas, as quais passam a prestar os serviços que, de início, deveriam ser prestados pelos Municípios. O problema dessa solução é que a *forma federativa* brasileira é *cláusula pétrea* (CF, artigo 60, §4º, I).

Dessarte: a Constituição proíbe qualquer tendência a abolir a forma federativa; não a forma federativa tal qual estabelecida originariamente pelos Estados Unidos, e sim, a forma federativa estabelecida no texto originário da Constituição Brasileira. Em coro uníssono, a doutrina sustenta que a forma federativa é definida pela divisão

⁴⁹⁴ Sobre a lei federal dos consórcios vide, por todos: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Consórcios públicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

⁴⁹⁵ *Estudos de Direito Administrativo neoconstitucional*, op. cit., Cap. 12, p. 439 et seq.

⁴⁹⁶ Cf. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Perfil dos Municípios Brasileiros*: 2013. Rio de Janeiro: IBGE, 2014, p. 14. Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv86302.pdf>>. Acesso em 29.04.2015.

⁴⁹⁷ Cf. nosso *Estudos de Direito Administrativo neoconstitucional*, op. cit., Cap. 12, p. 444.

de competências estabelecida numa Constituição rígida.⁴⁹⁸ Donde, não há como escapar desta conclusão: a reforma constitucional, ao possibilitar a livre alteração das competências, pela mera vontade política dos governantes, é inválida, pois viola a cláusula pétreia da forma federativa.

Minha posição em relação à gestão associada do serviço de saneamento básico estende-se à gestão associada do serviço de transporte coletivo de passageiros. Os incisos VII e VIII do artigo 8º da Lei Federal de Mobilidade Urbana (Lei nº 12.587/12), ao preverem, respectivamente, a “integração física, tarifária e operacional dos diferentes modos e das redes de transporte público e privado nas cidades” e a “articulação interinstitucional dos órgãos gestores dos entes federativos por meio de consórcios públicos” não podem, por evidente, implicar num *consorciamento compulsório*.⁴⁹⁹ Se os serviços são municipais, devem ser prestados pelos Municípios. Caso a entidade federativa não tenha condições de prestar, por si, um serviço que lhe seja de competência privativa, ela deve ser extinta. Com uma *ressalva*: se a impossibilidade é apenas *momentânea*, aí sim cabe o consorciamento, em decorrência da *cooperação federativa*. Vale dizer: se uma entidade federativa não estiver em condições de prestar *momentaneamente* um serviço público que lhe compete de forma privativa, é perfeitamente possível que se socorra da ajuda das demais entidades federativas. Para suprir necessidades momentâneas, o consórcio é figura válida.

Em relação às *regiões metropolitanas*, o tema ganhou, infelizmente, novos ares. Para não desprestigiar os Estados, interessados em continuar prestando o rentável serviço de distribuição de água potável, o Supremo Tribunal Federal obstou as grandes cidades de assumirem o serviço. A ADI 2077/BA decidiu que o serviço de saneamento básico nas regiões metropolitanas não se torna serviço estadual, mas deve ser prestado de forma *integrada*. De fato, o Min. Nelson Jobim concluiu que nas regiões metropolitanas devem os Municípios, no âmbito de um Conselho Deliberativo, decidir como prestarão os serviços (ADI 2077-MC, p. 19). O Min. Eros Grau considerou que nas regiões metropolitanas o serviço de saneamento é *comum*: não compete aos Estados, mas também não compete aos Municípios individualmente; estes devem prestar o serviço de forma *integrada* (ADI 2077-MC, p. 30). O Min. Gilmar Mendes defendeu que nas regiões metropolitanas o poder concedente do serviço de saneamento nem permanece fracionado entre os Municípios, nem é transferido para o Estado federado: deve ser dirigido por “estrutura colegiada” (ADI 2077-MC, p. 72). Quer dizer: o Supremo Tribunal Federal impôs, nas regiões metropolitanas, para o serviço de saneamento básico, o *consorciamento compulsório*. Do ponto de vista científico, o Supremo equivocou-se: a compulsoriedade do consorciamento viola, de modo escancarado, a autonomia federativa; no caso, a autonomia municipal.

Antes de passar à próxima questão, resta diferenciar os serviços de transporte coletivo. Não se confundem o serviço de transporte coletivo prestado *dentre os limites* territoriais do Município — *serviço público municipal* por expressa disposição

⁴⁹⁸ Por todos: BARROSO, Luís Roberto. *Direito constitucional brasileiro: o problema da Federação*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 56; ARAÚJO, Luiz Alberto David. Características comuns do Federalismo. In: BASTOS, Celso (coord.). *Por uma nova federação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 42.

⁴⁹⁹ Geraldo Spagno Guimarães, ao comentar a Lei Federal nº 12.587/12, parece negar o *consorciamento compulsório* ao afirmar que a *articulação*, prevista no inciso IX do artigo 8º, depende “essencialmente de alianças políticas mais do que do interesse público envolvido” (*Comentário à lei de mobilidade urbana*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 149).

constitucional (CF/88, artigo 30, inciso) — o serviço de transporte coletivo prestado *fora dos limites* territoriais do Município e *dentro dos limites* territoriais do Estado — *serviço público estadual* (com a ressalva adiante exposta) —, e o serviço de transporte coletivo prestado *fora dos limites* territoriais do Estado — *serviço público federal*. A instituição de uma região metropolitana, regra geral, não altera a competência para a prestação dos serviços. Assim, se o serviço é *intermunicipal*, não é municipal, é estadual; se é *intramunicipal*, não é estadual, é municipal; haja ou não região metropolitana.

5 Tarifa zero

A segunda questão proposta pela organização do evento foi a seguinte: a tarifa zero é uma alternativa juridicamente viável e eficiente para resolver o problema do transporte coletivo urbano? A pergunta foi motivada, muito provavelmente, em decorrência de um fato histórico. Em junho de 2013, uma passeata realizada em São Paulo pelo Movimento Passe Livre, contra o aumento da tarifa de ônibus, foi o estopim para uma série de passeatas em todo o país, mobilizadoras de milhões de pessoas.⁵⁰⁰ Manifestei-me negativamente à questão proposta; a tarifa zero, a meu ver, não resolverá o problema da mobilidade urbana. Pelo contrário: tende a agravá-lo sensivelmente. Com a tarifa zero, maior será o número de usuários; e um maior número de usuários sem um maior número de ônibus em circulação implica na falência do serviço e em *imobilidade*. O problema da mobilidade urbana exige *obras públicas* — alargamento de vias, construção de viadutos, pontes —; exige o radical aprimoramento do transporte coletivo — mais linhas de metrô, mais linhas de ônibus, mais ônibus nas ruas. A tarifa em si não contribui em nada para a resolução do problema.

Retomo minhas propostas. A solução está primeiro numa prestação de serviços que não seja refém dos interesses do concessionário. E isso, nos grandes centros urbanos, só é possível, a meu ver, se a prestação não for indireta. Segundo, no *equacionamento* entre o empreendedorismo imobiliário — a construção de novos prédios, novos shoppings centers, enfim, novos centros geradores de tráfego — e o impacto que essas construções causam no tráfego do entorno e na demanda de transporte coletivo. E isso só é possível mediante a *compensação urbanística* a ser imposta aos proprietários. A solução não está na redução, pura e simples, da tarifa.

Após o Congresso, em 29.12.2014, foi editada a Lei paulistana nº 16.067, cujo artigo 15 deu a seguinte redação ao §1º da Lei paulistana nº 13.207/01: “excepcionalmente, a Prefeitura poderá conceder isenção integral do pagamento da tarifa aos estudantes do Ensino Fundamental, Médio e Superior, bem como de cursos preparatórios ao vestibular de ingresso no Ensino Superior”. Em 08.01.15, foi editada a Portaria nº 003/15-SMT.GAB, regulamentando a lei. Em seu artigo primeiro, foram concedidas cotas de passagem gratuitas para uso no sistema municipal de transporte por ônibus aos estudantes em instituições de ensino devidamente cadastradas, que atendam certas condições, dentre elas, para os estudantes do ensino fundamental e médio, que estejam matriculados na rede pública. Logo, após o Congresso, no Município de São Paulo, implementou-se,

⁵⁰⁰ Para informações sobre o assunto, sugere-se: “Projetos no Brasil em 2013”, disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Protestos_no_Brasil_em_2013#cite_note-RBA.2F13-JUN-29>. Acesso em 29.04.2015.

ainda que parcialmente, a tarifa zero. Na minha opinião, o fato contribuiu muito pouco para o problema da mobilidade urbana, levando-me a confirmar o posicionamento defendido naquela oportunidade. Friso, porém, que se trata de uma opinião marcada pela *subjetividade*, tendo em vista que não está assentada em pesquisa de campo. Sem embargo, respeitadas entendimentos contrários, registro: certas coisas não necessitam ser pesquisadas, basta acompanhar o dia a dia do trânsito na cidade.

6 Atividade econômica de transporte coletivo

A terceira e última pergunta apresentada no Congresso envolveu o debate sobre os contornos do *serviço público*. Eis a questão: *transportes intermunicipais* e *internacionais* no Brasil são sempre serviços públicos ou podem ser considerados atividade econômica em sentido estrito? A resposta exige perceber, de início, a impertinência da doutrina estrangeira para o tema. Com efeito: na Europa continental, o tema dos serviços públicos sofreu profunda revisão conceitual.⁵⁰¹ Houve a generalizada privatização dos serviços: eles foram transformados em atividades privadas sob o regime especial, *public utilities*. De modo que o “novo serviço público”, na doutrina europeia, nada mais é do que obrigação especial imposta a certas atividades econômicas realizadas em decorrência do interesse social.⁵⁰² Ocorre que no direito brasileiro o tema é regido pela Constituição e esta, em relação a ele, pouco foi alterada. Daí o ponto de partida: a resposta está no texto constitucional e não na doutrina estrangeira.

Dito isso, reconhece-se que o campo das *atividades materiais* é, em geral, privado. As atividades materiais são, regra geral, atividades econômicas e estas são de titularidade privada. A Constituição de 1988, porém, estabelece muitas exceções a essa regra. Certas atividades materiais foram retiradas do campo privado e imputadas ao Estado: são os *serviços públicos*, apartados do campo econômico (artigos 173 e 175).⁵⁰³ Para que haja um serviço público exige-se expressa *publicatio*, ou seja, há que se ter uma norma que expressamente o considere de titularidade estatal.⁵⁰⁴ Sem esta, a atividade material é atividade econômica e própria, regra geral, dos particulares. Em relação aos transportes coletivos há várias normas constitucionais que estabelecem a *publicatio*.

O *transporte aéreo* é *serviço público federal* (CF/88, art. 21, XII, letra “c”). Em relação ao *transporte aquaviário* e o *ferroviário*, há que se distinguir. São serviços públicos federais o *transporte aquaviário* e o *ferroviário*: a) entre portos brasileiros; b) entre fronteiras nacionais; c) que transponham os limites do Estado ou do Território (CF/88, art. 21, XII, letra “d”). Afora esses, se o *transporte aquaviário* e o *transporte ferroviário* derem-se nos limites do Município são serviços públicos municipais, pois o inciso V do artigo 30 não distingue: todo transporte coletivo *intramunicipal*, vale dizer, dentro dos limites territoriais do Município, é serviço público municipal. Assim, em relação aos serviços de transporte aquaviário e ferroviário, poderá haver *atividade econômica* em relação aos serviços que ultrapassem os limites territoriais do Município, mas não transponham

⁵⁰¹ Sobre o tema vide nosso *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*, op. cit., Cap. III-7.4, p. 175 et seq.

⁵⁰² Por todos: ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de derecho público económico*. 12. ed. Granada: Comares, 2001, p. 589; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo* – v. II. 8. ed. Madrid: Civitas, 2002, Cap. XVI, p. 69.

⁵⁰³ Cf. nosso *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*, op. cit., Cap. IV-2, p. 193-200.

⁵⁰⁴ *Idem*, Cap. VI-2, p. 283-284.

os limites territoriais do Estado, nem sejam realizados entre portos brasileiros, e a Constituição Estadual não os considerar, por norma expressa, serviços públicos estaduais.

Por força do argumento *a contrario*,⁵⁰⁵ a Constituição da República discriminou todos os serviços públicos federais, mas não discriminou os estaduais e os municipais. Limitou-se a estabelecer um serviço estadual — o gás canalizado (artigo 25, §2º) — e um serviço municipal — o transporte coletivo (artigo 30, V). Em relação aos serviços federais há um *silêncio constitucional*: só são serviços públicos federais os estabelecidos na Constituição Federal; se o constituinte não arrolou outra atividade como de titularidade da União, foi porque não quis fazê-lo, quis silenciar.⁵⁰⁶ Em relação aos serviços estaduais e municipais, o texto é claro no sentido de que existem outros além dos nele estabelecidos. Pelo *princípio da simetria*,⁵⁰⁷ porém, os serviços públicos estaduais devem ser arrolados na Constituição Estadual e os municipais na Lei Orgânica do Município.⁵⁰⁸ Não havendo previsão nelas de que se trata de serviço público — na falta de *publicatio* —, a atividade material deve ser considerada *atividade econômica*. Donde, os serviços de transporte aquaviário e ferroviário que ultrapassam os limites municipais, não ultrapassam os limites estaduais e não se dão entre portos só serão *serviços estaduais* se assim estiverem previstos na respectiva Constituição Estadual. Do contrário, serão atividades econômicas.

De modo similar ocorre com os serviços de *transporte terrestre rodoviário*: se ultrapassam os limites dos Estados (interestadual) ou do território nacional (internacional) são serviços públicos federais (CF, artigo 21, XII, letra “e”); se não ultrapassam os limites do território municipal (intramunicipal) são serviços públicos municipais (CF, artigo 30, V). Os serviços de transporte terrestre rodoviário que ultrapassem os limites territoriais do Município e não ultrapassem os limites territoriais do Estado (intermunicipal) serão serviços públicos estaduais desde que estejam previstos como tais na respectiva Constituição estadual; caso contrário, serão atividades econômicas.

Uma última observação: parcela considerável da doutrina considera possível que o Legislador privatize o serviço público.⁵⁰⁹ Explico: quando, por exemplo, o inciso XI do artigo 21 estabelece que compete à União explorar os serviços de telecomunicação, nada impede que o Legislador, em lei infraconstitucional, estabeleça que certos segmentos de telecomunicações serão explorados como atividade econômica. Seguindo esse entendimento, da mesma forma poderia ocorrer com os serviços públicos de transporte coletivo. Assim, poderia a lei infraconstitucional estabelecer outras hipóteses de atividade econômica de transporte coletivo, além das aqui discriminadas.

⁵⁰⁵ Sobre o argumento *a contrario* e sua importância para a interpretação Constitucional, vide nosso *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*, op. cit., Cap. I-7, p. 66-71.

⁵⁰⁶ *Idem*, Cap. IV-4, p. 213. O entendimento não é pacífico. Há quem considere possível que a lei federal estabeleça outros serviços públicos. Por todos: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, op. cit., Cap. XI, p. 715-716.

⁵⁰⁷ Sobre ele, vide nosso *Estudos de Direito Administrativo neoconstitucional*, op. cit., Cap. 3, p. 81-106.

⁵⁰⁸ Cf. nosso *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*, op. cit., Cap. IV-4, p. 215-216.

⁵⁰⁹ Por todos, afirma Jacintho de Arruda Câmara: “Não seria concebível que a lei, pura e simplesmente, eliminasse a incidência do regime de direito público sobre uma atividade reservada pela Constituição à atuação do Estado. Todavia, isto não significa dizer que ao legislador ordinário não cabe qualquer papel em relação à disciplina do regime jurídico de tais atividades. [...] Cabe ao legislador ordinário estabelecer qual segmento deve ser assumido pelo Estado”. (*Tarifa nas concessões*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 90, rodapé 17). Sem desprestigiar o nobre jurista, essa possibilidade não existe no direito positivo brasileiro. O estabelecimento desse segmento, quando ocorrer, é *inconstitucional*.

Discorda-se: em nenhum momento a Constituição atribui essa competência ao Legislador. Se a lei retirar da titularidade estatal parcela dos serviços que a Constituição Federal imputou ao Poder Público, incidirá em inequívoca inconstitucionalidade. Conclusão: todos os serviços de *transporte internacional* são públicos federais, por força do artigo 21, XII, “c”; todos os serviços de *transporte coletivo intramunicipal* são públicos municipais, por força do artigo 30, V, ambos da Constituição Federal de 1988; mas nem todos os serviços de *transporte intermunicipal* são públicos estaduais; só serão os que assim estiverem previstos na respectiva Constituição estadual.

7 Considerações finais: DAC X DAIP

Após o enfrentamento das questões, retomo as propostas que fiz. Ambas vão de encontro ao *interesse do capital*: a assunção da prestação do serviço de transporte coletivo de passageiros pelo próprio Poder Público contraria o interesse dos particulares que atuam, há décadas, no setor; a imposição de compensação urbanística proporcional e efetiva aos empreendedores imobiliários contraria o interesse deles. Diferenciam-se o *Direito Administrativo da capital* (DAC) do *Direito Administrativo do interesse público* (DAIP):⁵¹⁰ o primeiro volta-se aos interesses do capital, ao lucro do particular; o segundo volta-se à realização do interesse público, consentâneo com o lucro privado em certas ocasiões, contrário a ele em outras. A solução para a mobilidade urbana está na consagração do DAIP em detrimento do DAC. Sem meias palavras: enquanto a Administração Pública — e infelizmente a própria doutrina do Direito Administrativo — forem servas do DAC, a mobilidade urbana, numa cidade como São Paulo, consistirá num problema que só se agrava, sem sinal de solução.

Referências

- ARAÚJO, Luiz Alberto David. Características comuns do Federalismo. In: BASTOS, Celso (coord.). *Por uma nova federação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 39-52.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de derecho público económico*. 12. ed. Granada: Comares, 2001.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. 32. ed. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2015. _____. Natureza jurídica do zoneamento: efeitos. *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano XV, n. 61, p. 34-47, jan.-mar. 1982.
- BARROSO, Luís Roberto. *Direito constitucional brasileiro: o problema da Federação*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- CÂMARA, Jacintho de Arruda Câmara. *Tarifa nas concessões*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Consórcios públicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- CASTILHO, José Roberto Fernandes. *Disciplina urbanística da propriedade: o lote e seu destino*. São Paulo: Pillares, 2010.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo – v. II*. 8. ed. Madrid: Civitas, 2002.

⁵¹⁰ A classificação é inspirada na diferenciação proposta por Carlos Ari Sunfeld entre *Direito Administrativo do clipes* e *Direito Administrativo dos negócios* (SUNDEFELS, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 87). O autor parece opor-se ao primeiro e defender o segundo. Faz-se aqui justamente o contrário, pelos motivos apresentados no texto.

GUIMARÃES, Geraldo Spagno. *Comentário à lei de mobilidade urbana*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Perfil dos Municípios Brasileiros*: 2013. Rio de Janeiro: IBGE, 2014. Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv86302.pdf>>. Acesso em 29.04.2015.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011. _____. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1997.

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

MARTINS, Ricardo Marcondes. Soluções para a mobilidade urbana. In: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). Problemas emergentes da Administração Pública. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. *Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 191-202.

A RESPONSABILIDADE OBJETIVA, ADMINISTRATIVA E CIVIL DAS PESSOAS JURÍDICAS NOS TERMOS DA LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA⁵¹¹

ROGÉRIO GESTA LEAL

1 Notas introdutórias

O tema da responsabilidade objetiva administrativa e civil das pessoas jurídicas de direito privado no âmbito da Lei nº 12.846/2013, a chamada Lei Anticorrupção – LAC, traz uma série de questionamentos à doutrina brasileira, notadamente em face das sanções que esta norma traz a lume às empresas que cometerem atos corruptivos em detrimento do interesse público.

Impõe-se, em face disto, o enfrentamento do tema a partir da tradição que se constituiu historicamente, tanto para o Direito Administrativo, quanto para o Direito Civil, para então verificar-se em que medida pode se estender tais contributos às regras novas envolvendo a LAC.

2 O problema da responsabilidade civil objetiva no âmbito da doutrina jurídica: alguns apontamentos

É preciso reconhecer que, historicamente, o tema da responsabilidade civil – ao menos no âmbito das relações entre privados – ancorou-se na base do dolo e da culpa, demandando o envolvimento do elemento subjetivo específico do sujeito de direito.⁵¹²

⁵¹¹ Artigo especialmente preparado para o XXVIII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, ocorrido em Foz do Iguaçu, entre os dias 12 e 15 de novembro de 2014. Este artigo é também o resultado de pesquisas feitas junto ao Centro de Investigação e Estudos de Políticas Públicas - CIEPP, do Programa de Doutorado e Mestrado da Universidade de Santa Cruz do Sul-UNISC, e vinculado ao Diretório de Grupo do CNPQ intitulado *Estado, Administração Pública e Sociedade*, coordenado pelo Prof. Titular Dr. Rogério Gesta Leal, bem como decorrência de projeto de pesquisa intitulado *PATOLOGIAS CORRUPATIVAS NAS RELAÇÕES ENTRE ESTADO, ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SOCIEDADE: causas, consequências e tratamentos*.

⁵¹² Ver o interessante trabalho de SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*. São Paulo: Saraiva, 1974.

Há certos elementos inclusive de senso comum coletivo neste sentido, como lembra Richard Epstein em já clássico trabalho:

Torts is at once one of the simplest and one of the most complex areas of the law. It is simple because it concerns itself with fact patterns that can be understood and appreciated without the benefit of formal legal instruction. Almost everyone has some opinions, often strong even if unformed, about his rights and responsibilities towards his fellow man; and almost everyone has had occasion in contexts apart from the judicial process to apply his beliefs to the question of responsibility for some mishap that has come to pass. Indeed, the language of the law of tort, in sharp contrast, say, to that of civil procedure, reveals at every turn its origins in ordinary thought.⁵¹³

Ou seja, o tema da responsabilidade – em linhas gerais – esteve sempre presente não só na dogmática jurídica, mas na opinião pública, no sentido de que qualquer dano ou lesão a interesse juridicamente protegido reclama reparação/responsabilidade, a partir do que tem evoluído o tema.

Um dos grandes problemas decorrentes do debate jurídico é saber se a modalidade de responsabilidade subjetiva é suficiente hoje para albergar as diversas formas complexas de relações sociais e jurídicas que se estabelecem no cotidiano das pessoas. Se sempre é possível identificar como fonte do dano a ação ou a omissão dolosa ou culposa do agente em sentido estrito; o resultado danoso e o nexo de causalidade entre a ação/omissão e o resultado.

A resposta a ambas as questões é negativa, no sentido de que há determinadas atividades que podem representar risco a outras pessoas independentemente de dolo ou culpa, tanto que o art. 927, do Código Civil Brasileiro, em seu §1º, refere expressamente que “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

E isto se dá pelo fato de que, quem, com sua atividade, cria um risco, deve suportar o prejuízo que sua conduta acarreta, ainda porque essa atividade de risco lhe proporciona um benefício. Paulo Alonso salienta que “a objetivação da responsabilidade civil, que tem como princípio a ideia de que todo risco deve ser garantido, desvinculou a obrigação de reparação do dano sofrido da ideia de culpa, baseando-se no risco, ante a dificuldade de obtenção da sua prova, pelo lesado, para obter a reparação”.⁵¹⁴

Há certa lógica argumentativa e fática aqui, basta ver-se os inúmeros riscos e mesmo os prejuízos que as diferentes matrizes de processos produtivos do capitalismo criaram ao longo da história, submetendo trabalhadores, Sociedade e meio ambiente a progressivos ciclos de depauperação em múltiplos níveis (físicos, de poluição, contra

⁵¹³ EPSTEIN, Richard. A. *Theory of Strict Liability*. In.: Hein Online. 2 J. Legal Studies, 151. 1973, p.15. É certo que o autor dá muito relevo às dimensões/efeitos econômicos da responsabilidade e da reparação (*This common sense approach to torts as a branch of common law stands in sharp opposition to much of the recent scholarship on the subject because it does not regard economic theory as the primary means to establish the rules of legal responsibility*) – e há outros âmbitos, como o administrativo, o civil e o penal que têm igual importância. Ver neste sentido o texto de CALABRESI, Guido & MELAMED, A. Douglas. *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: one view of the Cathedral*. In: Harvard Law Review, n. 85, 1089, 1102-05 (1972).

⁵¹⁴ ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. *Pressupostos da responsabilidade civil objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 12. De igual sorte, ver o texto de VENOSA, Silvo de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2002.

a sustentabilidade do desenvolvimento, etc.). Tais situações foram acumulando às gerações passadas, presentes e futuras, danos incalculáveis que vão produzir efeitos por décadas. Não por acaso que o Direito Ambiental⁵¹⁵ é um dos primeiros campos jurídicos a adotar o risco do dano como causa de proteção curativa e preventiva.⁵¹⁶

Lembra Neto que foi na Alemanha, em 1888, que se sustentou que os danos oriundos de acidentes inevitáveis na exploração de uma empresa deviam ser incluídos nas despesas do negócio atendendo ao interesse da paz social, o que evidencia o funcionamento do risco como fundamento da obrigação de indenizar, e justifica a responsabilidade sem culpa; “quem colhe os frutos da utilização de coisas perigosas ou de uma empresa deve experimentar as consequências prejudiciais que delas decorrem”.⁵¹⁷

Também a doutrina especializada refere os trabalhos de Raymond Saleilles,⁵¹⁸ Louis Jossierand e Georges Ripert, preocupados com a situação dos trabalhadores em plena evolução marginalizante do capitalismo, propondo a responsabilidade civil como decorrente de um fato, acontecimento ou causa capaz de impor riscos a terceiros, podendo ser diretamente extraída do art. 1.382, do Código Napoleônico – implicando que o princípio da imputabilidade fosse substituído pela simples causalidade, prescindindo da avaliação do comportamento do sujeito causador do dano.⁵¹⁹

A partir daí foram muitas as evoluções desta modalidade de responsabilidade civil objetiva, passando pelas perspectivas: (a) da responsabilidade de tipo risco integral, operando sob o fundamento de que haveria a obrigação de reparação de qualquer dano causado pelo agente, desde que seja ele a causa material do ato, excetuando-se os fatos exteriores a si; (b) da responsabilidade por ato anormal, autorizando o reconhecimento desta quando o agente excede a conduta para além do respeito a terceiro – o que amplia as discussões sobre o tema da subjetividade do que seja normalidade e anormalidade para fins de responsabilidade objetiva; (c) até chegar a responsabilidade do risco propriamente dita, estruturada a partir da ideia de que é importante assegurar às vítimas a reparação de danos que foram causados por agentes que empreenderam atividades potencialmente causadoras deles.⁵²⁰

Mesmo esta responsabilidade do risco mais contemporânea ganhou modulações múltiplas, tais como a *teoria do risco-proveito* (responsabilizando agentes econômicos pelos

⁵¹⁵ Inclusive no âmbito jurisprudencial: *CONSTITUCIONAL, PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. INDENIZAÇÃO OU REPARAÇÃO. TEORIA DO RISCO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA*. Abrigando a teoria do risco criado, a Lei nº 6.938/81 consagrou a obrigação do poluidor pela indenização ou pela reparação dos danos causados ao meio ambiente em virtude de sua atividade, independentemente de culpa (art. 14, §1º).

⁵¹⁶ Ver meu trabalho: LEAL, Rogério Gesta. *Impactos Econômicos e Sociais das Decisões Judiciais*. Brasília: Enfam, 2010, e os textos de HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade civil e contemporaneidade: retrato e moldura*. In: CANEZIN, Claudete Carvalho (coord.). *Arte jurídica: biblioteca científica de direito civil e processo civil*. Curitiba: Juruá, 2007. v. 2. p. 29-39. _____, *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

⁵¹⁷ NETO, Martinho Garcez. *Responsabilidade civil no Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.95.

⁵¹⁸ Em especial nos seus textos: *Essai d'une Théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code Civil allemand e Les accidents de travail et la responsabilité civile*, no final do século XIX.

⁵¹⁹ JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. Trad. Raul Lima. In: *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 38, v. 86, p. 548-559, abr. 1941. Da mesma forma, os textos de: (1) CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2010; (2) SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição de danos*. São Paulo: Atlas, 2011.

⁵²⁰ Ver o texto de FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

atos praticados que lhes rendem dividendos, e por eles devendo ser responsabilizados);⁵²¹ a chamada *teoria do risco-criado*, que não mais pressupõe o risco como um elemento da atividade economicamente proveitosa ao agente, basta que diga respeito a qualquer atividade que seja potencialmente danosa à esfera jurídica de terceiros.⁵²²

Um dos problemas da teoria do risco-proveito é o de se aferir quando ele existe e de que natureza é, pois se o conceito de proveito estiver vinculado exclusivamente a sua dimensão econômica, isto reduziria em muito as possibilidades de configurativas de autoria da responsabilidade, talvez limitando-a às figuras dos agentes de mercado, restando a vítima com a obrigação de provar a obtenção do proveito.

Daí o fôlego que ganhou a teoria do risco criado, entre os brasileiros muito festejada pelo Prof. Caio Mário da Silva Pereira, sustentando exatamente que aquele que, em razão de sua atividade ou profissão, cria um perigo, está sujeito à reparação do dano que causar, salvo prova de haver adotado todas as medidas idôneas a evita-lo.⁵²³ Na mesma linha vai Regina Silva, ao sustentar que:

A teoria que melhor explica a responsabilidade objetiva é a do risco criado, adotada pelo novo Código Civil, pela qual o dever de reparar o dano surge da atividade normalmente exercida pelo agente, que cria o risco a direitos ou a interesses alheios. Nesta teoria, não se cogita de proveito ou vantagem para aquele que exerce a atividade, mas da atividade em si mesma que é potencialmente geradora de risco a terceiros.⁵²⁴

Resta claro, a partir destes elementos, que o fundamento da responsabilidade civil – notadamente em sua modalidade objetiva – não deve repousar prioritariamente no proveito econômico que obteve o agente que a criou, mas deve centrar-se na pessoa da vítima, esta que é dotada de direitos inalienáveis, bem como de um direito à integridade patrimonial e moral a ser protegido e garantido pela ordem jurídica.⁵²⁵ Abstrai-se nesta perspectiva, a configuração necessária da culpa em face de que a causa fundante

⁵²¹ Veja-se, por exemplo, algumas decisões judiciais nesta direção: (a) a que envolve responsabilização de estabelecimento comercial pela segurança dos veículos estacionados como contrapartida ao lucro auferido com a “facilidade” oferecida à clientela, nos termos da decisão do Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, em agravo regimental no agravo em recurso especial nº 74.422/SP. Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 13/12/2011; (b) decisão que reconhece a responsabilidade objetiva de instituições de caridade por trás de hospitais beneficentes, ainda que, a rigor, estas não *lucrem* com sua manutenção, nos termos da decisão também do Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, no recurso especial nº 519310/SP, da relatoria da Ministra Nancy Andrighi, julgado em 20/04/2004.

⁵²² O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já teve a oportunidade de dizer que: *RESPONSABILIDADE CIVIL. ASSALTO. EMPRESA DE TRANSPORTE DE VALORES. HOMICÍDIO DE TERCEIRO. DANO MORAL*. A teoria do risco justifica a responsabilização da empresa de transporte de valores. Hipótese de responsabilidade objetiva. O agente ao exercer atividade que provoca a existência de risco ou perigo deve responsabilizar-se pelo dano causado. [...]

⁵²³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.25 e seguintes.

⁵²⁴ SILVA, Regina Beatriz Tavares. *Novo Código Civil Comentado*. Organizado por Ricardo Fiuza. Comentários ao art. 927. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 820. Fernando Noronha lembra que a teoria do risco-proveito impõe que quem extrai proveito de certa atividade responda também pelos riscos que ela traz; já a teoria do risco criado não se fixa nesta ideia de proveito, dando relevo à atividade criadora do risco que cria então a possibilidade do dano; a teoria do risco de empresa, valendo-se da mesma lógica do risco criado, tem que há certos riscos inerentes à atividade negocial da pessoa jurídica, e por eles deve responder. NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 485 e seguintes.

⁵²⁵ Ver o excelente texto de FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. Ver, também, o texto de POMAR, Fernando Gómez. Carga de la prueba y responsabilidad objetiva. In: *Dret*, n. 1, 2001. Disponível em <http://www.indret.com>, acesso em 10/08/2013.

caracterizadora de responsabilidade estaria em circunstâncias fáticas específicas geradoras de potencial dano, devendo-se ter em conta, como quer Caio Mário, “a convivência das duas doutrinas: a culpa exprimiria a noção básica e o princípio geral definidor da responsabilidade, aplicando-se a doutrina do risco nos casos especialmente previstos, ou quando a lesão provém de situação criada por quem explora profissão ou atividade que expôs o lesado ao risco do dano que sofreu”.⁵²⁶

Associe-se a isto o fato inarredável de que as relações sociais hodiernas encontram-se marcadas por níveis de complexidade e conflituosidade jamais antes vistos, em face também do desenvolvimento desequilibrado do crescimento econômico divorciado do desenvolvimento social, acarretando riscos e danos imensos à Sociedade como um todo, ao Meio Ambiente natural e construído, e às relações entre os indivíduos, o que afeta os padrões de dignidade humana postos pela cultura constitucional atual.⁵²⁷ Na dicção de Patricia Vieira:

A responsabilidade objetiva sustenta em si a noção de seguridade geral, pelo controle do fato tido como causa do dano, para que todos possam suportar os prejuízos que venham a recair sobre qualquer um de nós, a título de riscos da vida em uma sociedade desenvolvida, massificada e com crescente aumento dos acidentes de trabalho, de trânsito e de transporte de consumo, das atividades estatais, ambientais, minerais, dentre outras. Dessa forma, a reparação do dano sofrido pela vítima está ligada diretamente à ideia de garantia, seja pela indenização individual, seja pela socialização dos riscos existentes no mundo atual.⁵²⁸

Tais cenários geram riscos que extrapolam a lógica da culpa em sentido estrito ou do dolo, localizado em uma ação específica de uma pessoa específica, pois envolvem vários protagonistas e atores, institucionais, coletivos e individuais, que interagem de forma associada ou não, formatando instâncias de responsabilidade compartilhadas em diversos momentos das cadeias de nexos causais originários dos riscos e dos danos consecutórios. Por outro lado pode-se dizer que, “de uma perspectiva psicologizada, de um querer negligente ou imprudente, passou-se a uma compreensão, por assim dizer, objetivada de culpa, como um comportamento desalinhado com um *standard* de conduta desejável”.⁵²⁹ Nas palavras de Schreiber,

a responsabilidade objetiva parece revelar a sua verdadeira essência na contemporaneidade: não a de uma responsabilidade por risco, mas a de uma responsabilidade independente de

⁵²⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade Civil*. *Op.cit.*, p. 268. Em seguida, vai advertir o autor que não se pode aceitar a abolição total da responsabilidade baseada na demonstração da culpa, e a substituição integral pela teoria do risco implica desatender, sob o aspecto moral, à qualificação boa ou má da conduta, sujeitando sempre o causador do dano a indenizar a vítima, independentemente de apurar se o comportamento foi contraveniente à norma ou obediente ao seu mandamento. (p. 273).

⁵²⁷ Ver o excelente texto de BARCELLONA, V. Pietro. *Diritto privato e processo economico*. Napoli: Jovene, 1977.

⁵²⁸ SERRA VIEIRA, Patrícia Ribeiro. *A responsabilidade civil objetiva do direito de danos*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 88. Ver, também, neste sentido, o texto de TEPEDINO, Gustavo. A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

⁵²⁹ SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 6, vol. 22, p. 45-69, abr./jun. 2005, p. 52. Ver, também, o texto de MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do Direito Civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: *Direito, Estado e Sociedade*, v. 9, n. 9 (jul./dez. 2006), p. 239. Disponível em: publique.rdc.puc-rio.br/direito/media/Bodin_n29.pdf. Acesso em 05/11/2014; e outro texto da mesma autora: Problemas em torno da cláusula geral de responsabilidade objetiva. In: *Estudos em Homenagem ao Professor Celso Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

culpa ou de qualquer outro fator de imputação subjetiva, inspirada pela necessidade de se garantir reparação pelos danos que, de acordo com a solidariedade social, não devem ser exclusivamente suportados pela vítima – uma proposição, portanto, essencialmente negativa.⁵³⁰

Catlin Sampaio chega a falar de que a tendência contemporânea sobre o tratamento da culpa no âmbito da responsabilidade civil é analisá-la a partir da chamada “fragmentação do modelo de conduta, levando-se em conta parâmetros diferenciados para cada conduta individualizada, isto é, *standards* específicos para cada caso concreto analisado”.⁵³¹

E quais são os reflexos disto, por exemplo, na legislação ordinária brasileira contemporânea?

Historicamente, por exemplo, a edição do Decreto nº 2.681, de 1912, tratando do tema da responsabilidade das estradas de ferro por danos causados aos proprietários marginais; da Lei nº 5.316, de 1967, do Decreto nº 61.784, de 1967, e da Lei nº 8.213, de 1991, todas versando sobre acidentes de trabalho; da Lei nº 6.194, de 1974, e da Lei nº 8.441, de 1992, regulando o seguro obrigatório de acidentes de veículos, cabendo à seguradora pagar o valor previsto independentemente de culpa do motorista; a própria Lei nº 6.938, de 1981, atinente aos danos causados ao meio ambiente; e a Lei nº 8.078, de 1990, instituidora do Código de Defesa do Consumidor - CDC, entre outras.

Mais recentemente, com a edição do Novo Código Civil Brasileiro - NCCB, tem-se: (i) A previsão de que o contrato tenha uma função social, o que implica a proibição do abuso de direito, a exigência da boa-fé (inclusive objetiva), do equilíbrio, do respeito aos usos e costumes e da proteção da ordem pública – pelos termos dos arts. 157, 187, 421, 422, 424, 478, e mesmo os arts. 39, 46 e seguintes, do CDC; (ii) E a previsão da responsabilidade civil objetiva, nos termos do art. 927, §1º, do NCCB, e art. 12, do CDC; (iii) a responsabilidade por fato de terceiro e por fato de animais (arts. 932, 933 e 936); (iv) a responsabilidade empresarial pelos danos causados pelos produtos postos em circulação (art. 931); (v) a responsabilidade decorrente de ruína (art. 937).

É tão clara a opção normativa neste sentido que o art. 188, do NCCB, deixa de considerar ilícita a conduta de agente que atua em legítima defesa, no exercício regular de um direito reconhecido, ou que deteriora/destrói coisa alheia, ou lesiona pessoa, a fim de remover perigo iminente, todavia, o mesmo NCCB, em seu art. 929, reconhece ao lesado que não houver concorrido para o perigo referido no art. 188, o direito à reparação independentemente de culpa daquele agente que o provocou (mesmo que naquelas circunstâncias). O que o sistema jurídico sob comento está a dizer é que é possível haver lesão de direito de outrem pela prática de ato lícito, e que em tais condições há responsabilidade passível de aferição e ensejadora de reparação, desde que a vítima não tenha dado causa (direta ou indireta) à situação de perigo correspondente.⁵³²

⁵³⁰ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição de danos*. *Op.cit.*, p. 31.

⁵³¹ MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 45.

⁵³² Atente-se para o fato de que o art. 930, do NCCB, prevê a hipótese de que o agente que causou o dano pelo cometimento de ato lícito venha a se ressarcir regressivamente de quem eventualmente tenha dado causa a seu agir, medida salutar de resguardo da responsabilidade autoral-matriz.

O art. 187, do NCCB, reforça a ideia de responsabilidade empresarial, na medida em que prevê que o titular de um direito, ao exercê-lo excedendo manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, configura o cometimento de ato ilícito passível de sanções as mais diversas. Reside aqui alguns fundamentos da denominada responsabilidade aquiliana, em especial a existência de irregulares comportamentos de sujeitos de direitos descumprindo normas jurídicas cogentes preexistentes.⁵³³ E isto se dá porque “todo o direito, ainda que absoluto, é relativo quanto ao seu exercício, sofrendo o seu titular, no uso das prerrogativas, poderes e faculdades que nele se contêm, limitações gerais e especiais, incluída entre as primeiras a proibição do exercício irregular, anormal ou abusivo do direito excogitado”.⁵³⁴

É importante ter presente neste particular os escopos neurais que fundaram a elaboração não só desta norma como de todo o novo Código, a saber, a eticidade, a socialidade e a operabilidade.⁵³⁵ Na perspectiva da eticidade, procurou-se superar o formalismo jurídico que inspirou o Código Civil de 1916, pela influência da jusfilosofia do século XIX, em especial do direito tradicional português e da escola pandectística germânica, sendo, com isso, “reconhecida a participação de valores éticos no ordenamento jurídico, sem abandono da técnica jurídica, utilizando-se, para tanto, das cláusulas gerais, que possibilitam a criação de modelos jurídicos hermenêuticos por juízes e advogados, a permitir a contínua atualização dos preceitos legais”.⁵³⁶

Já sob a perspectiva da socialidade, esta representa a superação do caráter individualista do anterior Código, que era adequado apenas à sociedade brasileira agrária e individualista do século XIX. Para tanto, são utilizados conceitos como a função social, em diversos campos do direito privado. Por fim, o tema da operabilidade visou estabelecer soluções normativas de modo a facilitar a interpretação e a aplicação do novo Código, notadamente através da utilização de cláusulas gerais, cuja aplicação se define no âmbito do fenômeno social das relações jurídicas (atos, fatos e negócios), por especial no âmbito jurisdicional e no caso concreto.⁵³⁷ Os fins econômicos ou sociais de

⁵³³ Ver o texto de STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, em especial a partir da p.164 e seguintes. Pontes de Miranda em sua época já referia que: “O estudo do abuso do direito é a pesquisa dos encontros, dos ferimentos que os direitos se fazem. Se pudessem ser exercidos sem outros limites que os da lei escrita, com indiferença, se não desprezo, da missão social das relações jurídicas, os absolutistas teriam razão. Mas, a despeito da intransigência deles, fruto da crença a que se aludiu, a vida sempre obrigou a que os direitos se adaptassem entre si, no plano do exercício. Conceptualmente, os seus limites, os seus contornos, são os que a lei dá, como quem põe objetos na mesma maleta, ou no mesmo saco. Na realidade, quer dizer – quando se lançam na vida, quando se exercitam – têm de coexistir, têm de conformar-se uns com os outros”. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. T. LIII, §5.500. Rio de Janeiro: Borsoi, 2003, pp. 61-76.

⁵³⁴ MORAES, Maria Amália Dias de. Do Abuso de direito. Alguns aspectos. In: *Revista Estudos Jurídicos*, n. 43, ano XVIII, Porto Alegre, 1985, p.26.

⁵³⁵ Conforme REALE, Miguel. A visão geral do novo Código Civil. In: *Revista de Direito Privado*, v. 9, São Paulo, janeiro de 2002, pp. 9-35.

⁵³⁶ *Idem*, p.13.

⁵³⁷ Ver o excelente texto de MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo Código Civil. Vol. V, T. II. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Diz a autora que: “O novo Código rompe, radicalmente, com a construção, dogmática e ideológica, a partir da qual elaborou-se a noção de ilicitude civil a partir de sua consequência patrimonial – o nascimento do dever de indenizar. Essa ruptura está pontuada por dois eloquentes traços: a) comparativamente ao art. 159 do Código de 1916, o art. 186 do novo Código não reproduz a sua verba final (‘fica obrigado a reparar o dano’); b) a obrigação de indenizar ganhou autonomia, um Título próprio (art. 927 e ss), distinto, na geografia do Código, do tratamento da ilicitude. Daí que, ao não reproduzir a estrutura do art. 159 do Código de Bevilacqua, e ao ter destacado, em lócus próprio, a obrigação de indenizar, o novo CC desconectou a ‘automaticidade’ da

cada direito, à luz do que dispõe o art. 187, do NCCB sob comento, pois, apresentam-se como definidores de seu exercício, indo ao encontro da funcionalização dos direitos subjetivos.⁵³⁸

O abuso do direito ínsito ao art. 187 em análise, como refere Bruno Miragem, passa a ser considerado em vista do exercício dos direitos no âmbito de certas relações jurídicas ainda não previstas pelo Código Civil de 1916, envolvendo não só o interesse imediato das partes, mas também de terceiros, como no caso do abuso do poder econômico (pelos termos, por exemplo, da Lei nº 8.884/1994), “tendo seu âmbito de definição fortemente vinculado a critérios objetivos, como a eficiência econômica e o juízo de legalidade que estabeleça a racionalização da atuação do agente econômico e sua relação com o mercado”.⁵³⁹ É certo que com o advento do Código de Defesa do Consumidor (veja-se as disposições dos arts. 28, 37, §2º, 39 e 51), este processo se radicalizou mais no Brasil, notadamente no que diz com não se exigir mais a presença do dolo ou da culpa à determinação da abusividade de condutas de sujeitos de direito.

Da mesma forma se pode localizar esta discussão no âmbito da responsabilidade civil do Estado, em especial nos termos do art. 37, §6º, da Constituição Federal de 1988, e mesmo do art. 43, do Código Civil Brasileiro. Ou seja, o Estado é civilmente responsável por atos de seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, e isto porque, como lembra Celso Antônio Bandeira de Mello,

a relação entre a vontade e a ação do Estado e de seus agentes é uma relação de imputação direta dos atos dos agentes ao Estado. O que o agente queria, em qualidade funcional – pouco importa se bem ou mal desempenhada –, entende-se que o Estado quis, ainda que haja querido mal. O que o agente nestas condições faça é o que o Estado fez.⁵⁴⁰

Está a se dizer, pois, que quando o Estado infringir dever objetivo demarcado por lei, por seu simples agir ou omitir, e com isto der ensejo a qualquer dano, aqui se farão presentes os elementos necessários à formulação de juízo de reprovabilidade da sua conduta, sem perquirir sobre a intenção consciente ou inconsciente, direta ou indireta, do agente público que assim se comportou.

Por outro lado, se é verdade que a jurisprudência brasileira tem ampliado em muito o âmbito da responsabilidade objetiva do Estado, isto não significa que se possa confundi-la com responsabilidade subjetiva, que ainda continua regulando situações – e não pessoas – nas quais fatos e atos se conformam em modalidades culposas e dolosas.

ligação entre a ilicitude (arts. 186 e 187) e o dever de indenizar (art. 927 e ss) e, inclusive, separou a ilicitude civil do dano. Em consequência, ‘a ilicitude ganhou autonomia, rompendo-se o laço que a soldava à responsabilidade civil’. (Comentários ao artigo 187).

⁵³⁸ MARTINS-COSTA, Judith. O Novo Código Civil Brasileiro: em busca da ‘Ética da Situação’. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. V. 20, Porto Alegre, outubro de 2001, pp. 211-260.

⁵³⁹ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Diretrizes teórico-dogmáticas para a interpretação e a aplicação do artigo 187 do Código Civil: renovação e possibilidades da teoria do abuso do direito no Brasil*. Dissertação de Mestrado defendida junto ao PPGD/UFRGS, dezembro de 2007, p. 98. Lembra o autor que: “O advento da cláusula geral do artigo 187 do Código Civil, ao definir como ato ilícito o exercício de direitos que viole o fim econômico ou social, a boa-fé e os bons costumes, retirou expressamente do suporte fático da norma a exigência da culpa para a caracterização do ilícito, ao mesmo tempo em que previu, no art. 927, caput, o dever de indenizar os danos causados em face do exercício de direito que viole os limites previstos na tipificação prevista na parte geral”. (p. 101). Ver igualmente o trabalho de SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2003.

⁵⁴⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p.1024.

É o caso da decisão seguinte do STF:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO. OMISSÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. CRIME PRATICADO POR FORAGIDO. ART. 37, §6º, CF/88. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL. 1. Inexistência de nexo causal entre a fuga de apenado e o crime praticado pelo fugitivo. Precedentes. 2. A alegação de falta do serviço - *faute du service*, dos franceses - não dispensa o requisito da aferição do nexo de causalidade da omissão atribuída ao poder público e o dano causado. 3. É pressuposto da responsabilidade subjetiva a existência de dolo ou culpa, em sentido estrito, em qualquer de suas modalidades - imprudência, negligência ou imperícia. 4. Agravo regimental improvido.⁵⁴¹

Daí a percuciente advertência do Ministro Gilmar Mendes, no sentido de que “o Direito brasileiro, como é sabido por todos nós, aceita a teoria da responsabilidade objetiva do Estado. Mas, será que isso quer dizer a responsabilidade do Poder Público por qualquer fato ou ato, comissivo ou omissivo no qual esteja envolvido, direta ou indiretamente? Qualquer acadêmico de Direito que tenha uma mínima noção dos requisitos para a configuração dessa responsabilidade sabe que não.”⁵⁴²

Aliás, o próprio direito administrativo francês, na dicção do clássico Laubadère, teve oportunidade de sustentar que:

La jurisprudence a consacré, au-delà de la responsabilité pour faute, une responsabilité de l’administration pour risque: elle admet que, dans certains cas, les collectivités publiques sont tenues de réparer les dommages entraînés par leur activité même non fautive.

*La responsabilité pour risque est, rappelons-le, celle qui est engagée dès lors qu’est établie une relation de cause à effet entre l’activité de l’auteur du dommage et ce dommage lui même. Elle ne peut être levée que par la preuve soit de la faute de la victime, soit de la force majeure; elle ne l’est pas par le simple cas fortuit c’est-à-dire la circonstance que la cause de l’accident est inconnue; ce dernier trait distingue le système du risque du système de la présomption de faute, dans lequel la responsabilité est écartée aussi bien par le cas fortuit que par la force majeure.*⁵⁴³

Em outra clássica decisão, o STF, orientando-se pela chamada Teoria da Interrupção do Nexo Causal, veiculada hoje de forma explícita nos termos do art. 403, do NCCB,⁵⁴⁴ decidiu:

Responsabilidade civil do Estado. Dano decorrente de assalto por quadrilha de que fazia parte preso foragido vários meses antes. A responsabilidade do Estado, embora objetiva por força do disposto no artigo 107 da Emenda Constitucional nº 1/69 (e, atualmente, no parágrafo 6, do artigo 37 da Carta Magna), não dispensa, obviamente, o requisito, também

⁵⁴¹ RE 395942 AgR/ RS. Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Julgamento: 16/12/2008, Órgão Julgador: Segunda Turma.

⁵⁴² MENDES, Gilmar Ferreira. *Perplexidades acerca da responsabilidade civil do Estado: União “seguradora universal”?* Disponível em www.idp.org.br. Acesso em 10/09/2009, p.04.

⁵⁴³ LAUBADÈRE, André de. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1970, p.491.

⁵⁴⁴ Que diz: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual civil”.

objetivo, do nexo de causalidade entre a ação ou a omissão atribuída a seus agentes e o dano causado a terceiros. Em nosso sistema jurídico, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil, a teoria adotada quanto ao nexo de causalidade é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito a impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se a ele também a responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva, até por ser aquela que, sem quaisquer considerações de ordem subjetiva, afasta os inconvenientes das outras duas teorias existentes: a da equivalência das condições e a da causalidade adequada. No caso, em face dos fatos tidos como certos pelo acórdão recorrido, e com base nos quais reconheceu ele o nexo de causalidade indispensável para o reconhecimento da responsabilidade objetiva constitucional, e inequívoco que o nexo de causalidade inexistente, portanto, não pode haver a incidência da responsabilidade prevista no artigo 107 da Emenda Constitucional nº 1/69, a que corresponde o parágrafo 6, do artigo 37 da atual Constituição. Com efeito, o dano decorrente do assalto por uma quadrilha de que participava um dos evadidos da prisão não foi o efeito necessário da omissão da autoridade pública que o acórdão recorrido teve como causa da fuga dele, mas resultou de concausas, como a formação da quadrilha, e o assalto ocorrido cerca de vinte e um meses após a evasão. Recurso extraordinário conhecido e provido.⁵⁴⁵

É verdade também que a jurisprudência mais consolidada do Superior Tribunal de Justiça brasileiro sobre o tema é, no mínimo, cautelosa, ao sustentar ser a natureza da atividade que irá determinar sua maior propensão à ocorrência de acidentes, e o risco que dá margem à responsabilidade objetiva não seria aquele habitual, inerente a qualquer atividade, exigindo-se a exposição a um risco *excepcional, próprio de atividades com elevado potencial ofensivo*. Diz textualmente o Tribunal:

Com base nesse entendimento, a I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do CJF aprovou o Enunciado 38, que aponta interessante critério para definição dos riscos que dariam margem à responsabilidade objetiva, afirmando que esta fica configurada “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar à pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade”.⁵⁴⁶

Esta postura de entendimento inibe em muito a possibilidade configurativa desta responsabilidade objetiva, pois transfere a elementos subjetivos de aferição da suportabilidade do ônus pelo homem médio de determinada realidade social a ponto de exigir-se a obrigação do dever de indenizar a quem deu causa àquela situação danosa,

⁵⁴⁵ RE 130764/PR – PARANÁ. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Julgamento: 12/05/1992, Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA. Publicação: DJ 07-08-1992 PP-11782. **Na mesma direção, o Recurso Especial nº 171025-5, da relatoria do Min. Ilmar Galvão.** Em sentido contrário, com situação similar: EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ARTIGO 37, §6º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. LATROCÍNIO COMETIDO POR FORAGIDO. NEXO DE CAUSALIDADE CONFIGURADO. PRECEDENTE. 1. A negligência estatal na vigilância do crime, a inércia das autoridades policiais diante da terceira fuga e o curto espaço de tempo que se seguiu antes do crime são suficientes para caracterizar o nexo de causalidade. 2. Ato omissivo do Estado que enseja a responsabilidade objetiva nos termos do disposto no artigo 37, §6º, da Constituição do Brasil. Agravo regimental a que se nega provimento. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 573595 AgR/RS. Relator Min. Eros Roberto Grau, julgado em 24/06/2008. Órgão Julgador: Segunda Turma, publicado no DJe-152, de 14/08/2008.

⁵⁴⁶ Decisão do Superior Tribunal de Justiça, de sua 3ª Turma. Recurso Especial nº 1067738/GO. Rel. Min. Sidnei Beneti, Rel. para o acórdão Min. Nancy Andrihgi, julgado em 26/05/2009.

esquecendo-se que o fundamento da responsabilidade objetiva está também calcado no chamado dever de diligência das ações lícitas do Estado, o que o obriga a observar as cautelas necessárias e indispensáveis para evitar qualquer dano a quem quer que seja.

A posição de Marçal Justen Filho parece ser mais razoável no âmbito deste debate, quando assevera que “a afirmativa da existência da responsabilidade objetiva deve ser interpretada em termos. Não há responsabilidade civil objetiva do Estado, mas há presunção de culpabilidade derivada da existência de um dever de diligência especial. Tanto é assim que se a vítima tiver concorrido para o evento danoso, o valor de uma eventual condenação será minimizado”.⁵⁴⁷

Mas por que a responsabilidade objetiva se aplica à pessoa jurídica, em especial à empresa no mercado das relações de produção, indústria e comércio? É o que passo a tratar a partir de agora.

3 A empresa como sujeito de direito e a possibilidade de sua responsabilidade objetiva

É preciso ter presente para estas considerações o papel que a empresa assume em nível de relações de mercado e em face da Sociedade (historicamente e hoje), considerando principalmente a advertência que desde a década de 1930 Berle e Means faziam, no sentido de que o mercado capitalista tinha a tendência de desenvolver práticas e procedimentos comerciais pouco pautados por princípios éticos e morais.⁵⁴⁸

Por tais razões, como quer Rizziato e Nemmo, “si è passati da un’idea di responsabilità corrispondente ad azioni puramente filantropiche a visioni più mature che hanno considerato la responsabilità delle imprese come qualcosa di ampio, legato all’ambiente, ai dipendenti, alla comunità e ai consumatori”.⁵⁴⁹ A partir destes elementos percebidos por amplos segmentos e estudiosos do crescimento econômico associado ao desenvolvimento social, surge também a preocupação com o tema do desenvolvimento sustentável – já na década de 1980 -, para o que as reflexões de Freeman contribuíram em muito, notadamente no sentido de advertir para o fato de que a rentabilidade do mercado e das empresas – numa visão de médio e longo prazo – deve se basear em face não só das premissas econômicas, mas também das premissas sociais e ambientais.⁵⁵⁰

Fala-se hoje em ética corporativa, entendida como a promoção da responsabilidade nos âmbitos social, ambiental e financeiro, e da sustentabilidade na relação com clientes, fornecedores, acionistas e com a comunidade.⁵⁵¹ Nesse sentido, o Instituto Ethisphere, de New York, divulga anualmente uma lista das companhias mais éticas e, dentre os critérios analisados para tal enquadramento, estão a reputação, a capacidade de

⁵⁴⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. A responsabilidade do Estado. In: FREITAS, Juarez. (org.). *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006, p.237.

⁵⁴⁸ Ver o clássico texto DE BERLE, A. and MEANS, G. *Modern Corporation and Private Property*. New York: Macmillan, 1932.

⁵⁴⁹ RIZZIATO, E. e NEMMO, E. *Un quadro internazionale, europeo ed italiano sulla responsabilità sociale delle organizzazioni con focus sull’etica dello sviluppo organizzativo*. Rapporto Tecnico Cnr-Ceris N 40 del Febbraio 2012, p. 07. Ver, também, o texto de C. SALVI-M.VILLONE. *Il costo della democrazia*. Milano: Mondadori, 2005.

⁵⁵⁰ FREEMAN, E.R. *Strategic Management: a stakeholder Approach*. Pitman: Boston, 1984.

⁵⁵¹ Ver o texto de BATEMAN, T. Thinking about Corporate Social Responsibility. In: *The Integra Venture*. Disponível em: http://iintegra.infotech.sk/downloads/83_CSR-Thinking%20.pdf, acessado em 02/03/2015.

liderança e inovação das empresas, seus modelos de governança e de responsabilidade corporativa, sua cultura e qualidade dos programas de ética e compliance.⁵⁵²

Daí a importância da chamada Responsabilidade Social das Organizações - RSO, definição forjada pela UNISIO 26000, sendo que os organismos europeus e internacionais, de um modo geral, consideram a difusão desta RSO como parte importante da própria agenda política das nações. Tal responsabilidade busca a integração das preocupações econômicas da empresa com as questões sociais e ecológicas conseqüências, envolvendo, particularmente, as conseqüências ambientais das ações econômicas, o respeito aos Direitos Humanos, a segurança no trabalho, a transparência nas comunicações com os clientes, acionistas e consumidores, etc.⁵⁵³

É consenso da doutrina especializada que a edição de Tratados e Convenções internacionais sobre o tema tem auxiliado em muito não só o nível de conscientização dos dirigentes governamentais, mas também da própria população, basta ver o progressivo surgimento de casos e processos administrativos e judiciais denunciando a participação de empresas e suas subsidiárias em negociações de corrupção com diferentes instâncias de governos federal, estaduais e municipais, em todo o mundo.⁵⁵⁴

Conforme o art. 2º, da Convenção de Combate à Corrupção praticada por Servidores Públicos Estrangeiros em Transações Negociais Internacionais (OECD), e o art. 26, da Convenção contra a Corrupção (UNCAC), cada Estado Parte restou comprometido a tomar medidas efetivas, de acordo com tais normas cogentes internacionais, para estabelecer a responsabilidade das pessoas jurídicas por atos de corrupção, nas esferas civil, administrativa e penal. Da mesma forma, o art. VIII, da Convenção Interamericana contra a Corrupção (ICAC), exigiu que os Estados-Parte proibissem e punissem atos corruptivos de pessoas físicas e jurídicas. Ou seja, um quadro de responsabilidade corporativa sólido seguramente auxilia com maior efetividade os países a combaterem com maiores chances de sucesso as patologias corruptivas, criando redes de mútua assistência e cooperação.⁵⁵⁵

Mesmo na esfera penal houve avanços significativos à responsabilidade da empresa em matéria de corrupção, basta ver-se as normativas internacionais sobre o ponto, em especial tratando as pessoas jurídicas (empresas) como uma espécie de garantes dos atos praticados por seus agentes, como na Itália, por exemplo, com a edição

⁵⁵² Ver o site <http://ethisphere.com/>, acesso em 02/03/2015. Nas empresas que ganharam o reconhecimento de serem mais éticas no mercado em 2014, o documento da Ethisphere trabalhou com os seguintes critérios: The criteria used for this category are fully aligned to corporate best practices, relevant case law and the “hallmarks” of an effective compliance and ethics program as outlined by the Federal Sentencing Guidelines, including: 1. Program structure, responsibility and resources; 2. Program oversight and the tone at the top; 3. Written standards; 4. Training and communication; 5. Due care; 6. Detection, monitoring and auditing; 7. Enforcement and discipline.

⁵⁵³ Comissão Europeia. *Libro verde Promuovere un quadro europeo per la responsabilità sociale delle imprese*, Bruxelles, [COM (2001) 366], 2002. Ver, ainda, a Comunicação desta Comissão intitulada: *Strategia rinnovata dell’UE per il periodo 2011-2014 in materia di responsabilità sociale delle imprese* del 25.10.2011, [COM (2011)].

⁵⁵⁴ Ver o texto de OBIDAIRO, Simeon. *Transnational Corruption and Corporations: Regulating Bribery Through Corporate Liability*. London: Ashgate, 2013. Lembra o autor, com razão, que a corrupção empresária por vezes é de difícil identificação, eis que: “The use of elaborate financial frameworks and accounting techniques to conceal illegal transactions is also common. In addition, complex corporate structures, decentralised and global business operations and multiple layers of managerial authority make it difficult to attribute responsibility for wrongdoing to a particular person or persons”. (p. 35).

⁵⁵⁵ Ver o texto de ADEYEYE, Adefolake. *Corporate Social Responsibility of Multinational Corporations*. In: *Developing Countries: perspectives on anti-corruption*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

do Decreto Legislativo nº 231/2001, estabelecendo responsabilidade penal da empresa como forma de sensibilizá-la a “prevenire qualsiasi crimine economico all’interno dell’esercizio dell’impresa secondo canoni etici e non contra legem”.⁵⁵⁶

Em termos de legislação internacional pode-se citar alguns casos em que se encontra incorporada tal responsabilidade, dentre os quais: (1) a Inglaterra, que admite a responsabilidade da pessoa jurídica por infrações leves ou graves; (2) os Estados Unidos, na maior parte de seus Estados; (3) a Holanda, que desde 1950 já prevê a responsabilidade empresarial; (4) a Dinamarca, a Noruega e a Islândia têm previsões de responsabilidade da empresa em leis extravagantes, e não no Código Penal; (5) a Finlândia, que teve sua economia dando um salto da produção agrária para a indústria igualmente previu a responsabilidade criminal de pessoas coletivas notadamente para os crimes ambientais; (6) em Portugal também há normas extravagantes que preveem a responsabilidade da pessoa jurídica; (7) na França, a mesma coisa, haja vista sua reforma no Código Penal, adotando expressamente a responsabilidade da pessoa jurídica; (8) a Áustria tem regulamentado em muito a responsabilidade penal das empresas fundamentalmente por infrações econômicas que praticam, tendo relevo no particular sua Lei Federal de Cartéis, de 1972; (9) até o Japão, a partir de 1932, fortemente influenciado pela dogmática jurídica norte-americana, começou a adotar a responsabilidade penal das empresas; (10) a China, mais recentemente (1988), também admite a responsabilidade penal das pessoas jurídicas em crimes econômicos; (11) na América Latina, todavia, ainda é incipiente tal reconhecimento, tendo Venezuela, México, Cuba e mesmo o Brasil reconhecido esta responsabilidade empresarial para os casos de crimes ambientais.⁵⁵⁷

No Congresso sobre Responsabilidade Penal das pessoas jurídicas em Direito Comunitário que teve lugar em Messina, no período de 30 de abril a 5 de maio de 1979, restou recomendada a responsabilização das pessoas jurídicas, especialmente se a infração penal violar dispositivo de um Estado-membro da Comunidade Econômica Europeia. No tópico final do documento aprovado, afirma-se que a pena deve ser adaptada à natureza da pessoa jurídica, podendo ser multa, privação de benefícios, fechamento da empresa por tempo determinado ou mesmo seu encerramento definitivo.⁵⁵⁸

No Chile, por exemplo, tem-se legislação própria de responsabilização penal da pessoa jurídica (Lei nº 20.393, de 02/12/2009), e mesmo no Código Penal (art. 251, bis), deixando claro que esta legislação deve ser aplicada tanto para o setor privado, quanto para o público (alcançado pessoas físicas e jurídicas). Diz expressamente a norma:

Serán responsables de los delitos señalados en el artículo 1º que fueren cometidos directa e inmediatamente en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión. Bajo los mismos presupuestos del inciso anterior, serán también responsables las personas jurídicas

⁵⁵⁶ DE MAGLIE, C. *L’agente provocatore, un’indagine dommatica e politicocriminale*. Milano: Giuffrè, 1991, p. 29.

⁵⁵⁷ Ver o texto de SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión Del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 1999.

⁵⁵⁸ JARA DÍEZ, Carlos Gómez. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Buenos Aires: IBdef, 2010.

por los delitos cometidos por personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los sujetos mencionados en el inciso anterior. Se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente. Las personas jurídicas no serán responsables en los casos que las personas naturales indicadas en los incisos anteriores, hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero.⁵⁵⁹

Da mesma forma, a Colômbia avançou muito nessas questões, em especial a partir da edição da Lei nº 1.474, de 12/07/2011, criando seu Estatuto Anticorrupção, dizendo em seu art.1º que:

ARTÍCULO 1. INHABILIDAD PARA CONTRATAR DE QUIENES INCURRAN EM ACTOS DE CORRUPCIÓN. El literal j) del numeral 1 del artículo 8 de la ley 80 de 1993 quedará así: Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la administración pública cuya pena sea privativa de la libertad o que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos ilegales, delitos de lesa humanidad, narcotráfico en Colombia o en el exterior, o soborno transnacional, con excepción de delitos culposos. Esta inhabilidad se extenderá a las sociedades en las que sean socias tales personas, a sus matrices y a sus subordinadas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas.⁵⁶⁰

A despeito das diversas e consistentes posições em contrário a tal responsabilidade penal da empresa no Brasil (e internacionalmente também), concordo com Fernando Rocha quando lembra que esta modalidade não se afigura como total novidade para o sistema jurídico brasileiro, lembrando das hipóteses de responsabilidade indireta ou pelo fato praticado por terceiro (quando esta pessoa não violou diretamente norma jurídico-penal, mas contribuiu de alguma maneira à conduta violadora de outra pessoa), e mesmo nos casos de autoria mediata do crime:

Nos casos de autoria mediata, sempre ocorrerá também responsabilidade penal por fato praticado por terceiro. Quem executa a conduta material que viola a norma jurídica é o indivíduo considerado instrumento, mas como esse não possui culpabilidade e serve aos propósitos do autor mediato, a responsabilidade somente recai sobre o autor indireto. A construção teórica, já antiga, reserva a denominação de autor àquele que domina o fato por meio do domínio da vontade e da conduta do instrumento.⁵⁶¹

A justiça norte-americana tem aprimorado em muito esses conceitos ao fechar o cerco em relação às empresas que praticam atos corruptivos em seus negócios, notadamente a partir de 2007, chegando à órbita de aproximadamente 5 (cinco) bilhões

⁵⁵⁹ Art.3º, da Lei nº 20.393/2009. Ver o texto de BASUALTO. Héctor Hernández. Desafíos de la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas. In: *Revista de Estudios de la Justicia*, n. 16 – Año 2012. Santiago: REJ, 2012.

⁵⁶⁰ Interessante notar que esta norma foi posta em discussão de inconstitucionalidade junto à Corte Constitucional Colombiana, resultando intocável. Ver decisão da Corte em <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-081-14.htm>, acesso em 03/03/2015.

⁵⁶¹ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 64.

de dólares arrecadados em multas e acordos judiciais. Um dos maiores acordos envolveu a empresa alemã Siemens, em 2008, por práticas corruptivas, violando tratados e convenções internacionais, assim como a legislação local. A partir disto, a Siemens tem gasto desde então mais de 1 (um) bilhão de dólares para mudar sua estrutura de funcionamento em diversos outros países, o que inclusive atinge o Brasil, pois teve que firmar acordo de leniência com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), por formação de cartel entre empresas do setor metroferroviário à venda de trens e sistemas para o governo do Estado de São Paulo.⁵⁶²

Há outras empresas, todavia, que optam pelo silêncio e pela passividade diante das denúncias e das investigações de envolvimento com corrupção, como é o caso da francesa Alstom, investigada desde 2008 pelo Ministério da Justiça Brasileiro e pelo Ministério Público Suíço (de 1998 a 2003), em face da denúncia de ter pago mais de 23 (vinte e três) milhões de reais em propinas e subornos a integrantes do governo de São Paulo para viabilizar negócios de seu interesse.⁵⁶³

Pode-se igualmente falar do caso da Máfia dos Fiscais da prefeitura de São Paulo, envolvendo a construtora com capital internacional Brookfield, cujo principal acionista é um fundo de investimento canadense, no qual esta empresa admitiu ter pago mais de 4 (quatro) milhões de reais a agentes públicos corruptos. O Canadá, que tem legislação dura sobre tais comportamentos, enviou uma equipe de funcionários para apurar o ocorrido.

São Paulo – Boa parte dos impostos de edifícios erguidos nos últimos anos em São Paulo pode ter servido mais para alimentar o bolso da máfia dos auditores fiscais do município do que o cofre da Prefeitura. É o que mostra a lista com 401 empreendimentos cujas empresas teriam alimentado o esquema de corrupção, tornado público no fim de outubro.

A lista foi encontrada em um computador da ex-esposa do fiscal Luis Alexandre Cardoso Magalhães, um dos que mantinha estilo de vida de luxo com o dinheiro da propina.

Em poder do Ministério Público de São Paulo, o arquivo envolve grandes construtoras do país, como Brookfield, Cyrela e Tenda, além de empreendimentos como hospitais e o Shopping Iguatemi.

A Brookfield já admitiu ter pago 4,1 milhões de reais aos fiscais e à máfia do ISS (Imposto Sobre Serviços), mas afirma que foi vítima de extorsão (veja o que diz cada empresa ao fim da matéria).

Os pagamentos desta “lista da propina” mostra como o grupo operava: primeiro, era dado um desconto de 50% sobre o valor que realmente deveria ser pago à Prefeitura. Desta metade, quase tudo era embolsado por eles, sobrando apenas migalhas para os cofres públicos que muitas vezes não alcançavam 5% do valor total devido. Às vezes, parte do dinheiro era usado para pagar despachantes e outras pequenas despesas. Tudo detalhado na planilha.

⁵⁶² Conforme matéria jornalística de MANECHINI, Guilherme. A Lei que quer mudar o país. In: *CEO/Exame. Um Mundo mais Ético*. Edição 17, Abril de 2014. São Paulo: Editora Abril, 2014, p.26.

⁵⁶³ ROSSI, Lucas e FRANÇA, Renan. Como limpar a barra. In: *CEO/Exame. Um Mundo mais Ético. Op.cit.*, p. 32.

Os pagamentos teriam ocorrido entre junho de 2010 e outubro de 2011, totalizando 29 milhões de reais de prejuízo para o Estado, mas o MP acredita que esta é apenas uma pequena parte do esquema.

“A gente espera ter a mesma sorte para pegar outra planilha com dados atualizados ou até mesmo anteriores”, diz Roberto Bodini, promotor responsável pelo caso. Segundo ele, há outras provas que levam o esquema a até pelo menos setembro de 2012.

O Ministério Público ainda vai cruzar esses dados com a certificação de quitação do ISS da Prefeitura, mas o que já foi comparado até agora bateu 100%, de acordo com o órgão. Nesta quarta, a polícia civil e o MP montarão uma força-tarefa para investigar as condutas das empresas individualmente.⁵⁶⁴

A maior parte destes escândalos de corrupção relacionando diretamente empresas do setor privado e do setor público contam ainda com um sistema de justiça moroso e emperrado por várias razões, tanto que o Conselho Nacional de Justiça brasileiro, por exemplo, elabora com o Ministério da Previdência Social (MPS) um projeto de treinamento para ensinar a servidores de cartórios e cartorários formas de prevenir fraudes que envolvam a falsificação de documentos – expediente várias vezes utilizado por pessoas físicas e jurídicas como meio à prática de tantas outras patologias corruptivas. A iniciativa faz parte da chamada Ação 12 da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (Encclac), cujo objetivo é aumentar a segurança do registro civil de pessoas naturais, que inclui certidões de nascimento, casamento, união estável e óbito.⁵⁶⁵

4 Considerações finais

Tem se formado certo consenso de que as diversas e distintas crises globais de mercados, empresas e ciclos sociais têm tornado as medidas de combate às patologias corruptivas mais urgentes do que nunca. Por outro lado, a insegurança econômica e a volatilidade política tem criado inéditas oportunidades à prática de abusos e métodos extremamente sofisticados de violação dos interesses e do patrimônio públicos.

Como diz McCarthy e Vlassis (Vice-Presidente da área de integridade do Banco Mundial e Chefe da área de Corrupção e Crimes Econômicos, do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime, respectivamente), no momento em que as empresas

⁵⁶⁴ Conforme matéria jornalística publicada no sítio eletrônico <http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/veja-empresas-e-predios-na-lista-da-propina-de-fiscais-de-sp>, acessado em 02/03/2015. No mesmo esquema, várias outras empresas participaram da distribuição de propinas, dentre elas a Incorporadora Trisul admitiu ao Ministério Público Estadual (MPE) que também fez pagamentos para a máfia do Imposto sobre Serviços (ISS) para ter as suas obras aprovadas. Além dela, Alimonti e Tarjab já afirmaram participar do esquema. De acordo com o promotor do caso, Roberto Bodini, a Trisul confirmou ter feito pagamentos de R\$70 mil a R\$200 mil para a liberação de cinco empreendimentos. In: <http://construcaomercado.pini.com.br/negocios-incorporacao-construcao/negocios/trisul-admite-ter-participado-das-fraudes-no-recolhimento-do-iss-302653-1.aspx>, acesso em 02/03/2015.

⁵⁶⁵ Conforme informação publicada no site <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/29535-cnj-cumpre-agenda-de-combate-a-corrupcao-e-a-lavagem-de-dinheiro>, acessado em 03/03/2015. O CNJ e o MPS coordenam o grupo de trabalho, que inclui o Conselho Nacional dos Chefes de Polícia Civil, o Conselho da Justiça Federal, o Departamento de Estrangeiros do Ministério da Justiça, o Departamento de Polícia Federal, a Receita Federal, o Ministério Público Federal e a Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento.

buscam compensar a queda do faturamento no mercado interno aumentando sua fatia no mercado global, resistir à tentação da corrupção torna-se cada vez mais difícil, tanto que diversos estudos e pesquisas apontaram, recentemente, um forte aumento de fluxos financeiros ilícitos – fenômeno que, inexoravelmente, drena dinheiro de países mais pobres. Alertam os autores que:

A corrupção não é “como os negócios são feitos” ou “como o mundo funciona”. Aliás, a experiência mostra que uma política de tolerância zero melhora os resultados financeiros das empresas e a eficácia dos governos. Além disso, a corrupção não se limita ao mundo em desenvolvimento nem é culturalmente tendenciosa. Ninguém prefere viver numa sociedade na qual é preciso pagar propina para assegurar serviços básicos como saúde e educação. Só será possível eliminar a corrupção com uma efetiva combinação de estratégias inteligentes de prevenção e uma implacável aplicação da lei, sustentadas pela crença de que a ganância pode ser dissuadida, a responsabilidade pode ser ensinada e a impunidade pode ser eliminada.⁵⁶⁶

Importante o registro de que o Banco Mundial, a partir de 1999 de forma mais intensa, passou a excluir temporária ou indefinidamente de seus projetos de financiamento as companhias com fortes indícios de envolvimento em fraude ou corrupção, sendo que a partir de 2003 outros bancos de desenvolvimento internacionais, como o Banco Interamericano de Desenvolvimento, adotaram medidas similares. Mesmo assim, a rede varejista Walmart, por exemplo, admitiu que, para aumentar sua fatia no mercado, sua subsidiária no México pagou propinas no total de 247 milhões de dólares de 2002 a 2008. Da mesma forma, a empresa Rolls-Royce, do setor de engenharia, em 2011, admitiu que pode ter pago propinas na China; a Shell (empresa anglo-holandesa), conhecida por promover programas antipropinas no início dos anos 2000, revelou que uma de suas empresas contratadas, a Panalpina, do setor de logística, pagou subornos para facilitar importações na Nigéria.⁵⁶⁷

Nesta mesma linha de constatação, a organização *Global Financial Integrity* – GFI, de Washington, tem denunciado como a manipulação de preços de importação e de exportação por companhias de comércio utilizam a prática conhecida como *mispricing* (precificação indevida), que consiste na manipulação dos preços reais de exportação, maquiando os preços registrados; as diferenças decorrentes daí são enviadas para paraísos fiscais (Ilhas Cayman e Curaçao), a partir de onde são gradualmente filtradas de volta ao domicílio de origem. Estima-se que os fluxos deste capital ilícito pode chegar a 1 (um) trilhão de dólares ao ano. A GFI estima que as transferências do Brasil para paraísos fiscais tenham somado 156 (cento e cinquenta e seis) milhões de dólares de 2002 a 2011.⁵⁶⁸

⁵⁶⁶ McCARTHY, Leonard e VLASSIS, Dimitri. É agora ou nunca – a crise global não deve servir de desculpa para postergar a adoção de medidas de combate à corrupção. In: *CEO/Exame. Um Mundo mais Ético. Op.cit.*, p. 43. Alertam os autores ainda que “as penalidades por condutas incorretas devem ser proporcionais não só à severidade do crime, mas também aos lucros dos que o perpetraram. Um gigante corporativo tem poucos incentivos para mudar suas práticas se as multas impostas equivalem, por exemplo, a menos que os lucros auferidos em uma semana”. (p. 44). Ver também o trabalho de LAZZARINI, Sergio. *Capitalismo de Laços: os donos do Brasil e suas conexões*. São Paulo: Elsevier, 2011.

⁵⁶⁷ Conforme excelente texto de COCKCROFT, Laurence. Venceremos esta Guerra? In: *CEO/Exame. Um Mundo mais Ético. Op.cit.*, p. 63.

⁵⁶⁸ Conforme dados da Global Financial Integrity, em seu sítio eletrônico: <http://www.gfintegrity.org/>, acessado em

Não se deixe de lembrar a advertência de Brioschi, no sentido de que:

Il sistema di contrasto ala corruzione sia piuttosto efficiente sotto il profilo dell'attività investigativa ed inquirente, pur considerando che si tratta di comportamenti per i quali è particolarmente alto il cd. "numero oscuro", scarso è l'effetto punitivo finale sia in termini di sanzioni efetivamente applicate e in particolare sotto il profilo della "sanzione sociale" di esclusione di soggetti dichiarati definitivamente colpevoli dalla vita pubblica ed amministrativa.⁵⁶⁹

Efetivamente, em especial no que diz respeito a pessoas físicas, no Brasil e no mundo, pode-se afirmar que os sujeitos condenados pela prática de atos corruptivos têm historicamente baixíssima reprovação social no tempo, notadamente quando comparados com pessoas que praticam outros tipos de delitos/ilícitos contra o patrimônio privado, ou contra a pessoa, as quais não sofrem muitas restrições à vida política e institucional (aliás, no Brasil, alguns políticos foram ovacionados com o slogan: "fulano rouba, mas faz!").

Não há dúvidas, pois, diante do todo ponderado, da necessidade de se ampliar os níveis e tipologias de responsabilidades da pessoa jurídica quando forem protagonistas de cenários corruptivos, resgatando-se, no particular, aquele modelo de análise da conduta (individual e institucional) geradora de danos a terceiros que leve em conta *standards*/parâmetros específicos em face das particularidades dos sujeitos envolvidos e dos contextos criados.⁵⁷⁰ Por certo que tal perspectiva opera com a lógica de que não há linha divisória absoluta entre culpa/responsabilidade subjetiva e culpa/responsabilidade objetiva, eis que a responsabilidade é sempre uma, variando somente o grau de modelagem e intensidade dela.⁵⁷¹

É preciso, pois, levar-se em conta os aspectos particulares da culpa e da responsabilidade em face da atividade desenvolvida cotejada com as disposições normativas reguladoras da espécie (as quais criam, em regra, imputações de reprovações de condutas).

No caso da Lei brasileira nº 12.846/2013, esta foi a intenção do legislador, que a empresa assuma sua função de garante da licitude e regularidade dos atos que leva ao cabo no mundo dos fatos, não importa por quem e por quais razões; até mesmo quando lícitas suas atividades provocarem danos ao ordenamento jurídico, por isso

04/03/2015. Consta aí que: "This December 2014 report from Global Financial Integrity, "Illicit Financial Flows from the Developing World: 2003-2012," finds that developing and emerging economies lost US\$6.6 trillion in illicit financial flows from 2003 through 2012, with illicit outflows increasing at an staggering average rate of 9.4 percent per year—roughly twice as fast as global GDP".

⁵⁶⁹ BRIOSCHI, Carlo A. *Breve storia della corruzione*. Milano: Einaudi, 2004, p.44. Lembra o autor, ainda, que os temas envolvendo a corrupção demandam "indagini complesse, con l'utilizzo di ogni sofisticato strumento investigativo (indagini patrimoniali, intercettazioni telefoniche ed ambientali, arresti e custodie cautelari) poi evolvono in processi penali lunghi ed esposti a rischio molto concreto di prescrizione che vanifica anche i sequestri operati, scarso utilizzo delle misure di prevenzione antimafia (pur consentite), esecuzione della pena, per i casi in cui si arriva a sentenza definitiva di condanna, effettuata con l'utilizzo di strumenti alternativi previsti per soggetti spesso incensurati in relazione a pene non elevate (es. affidamento ai servizi sociali), infine "ritorno" sulla scena pubblica di soggetti già coinvolti in vicende corruttive del passato". (p. 49). Ver igualmente o texto de BALBI, Giuliano. *I delitti di corruzione. Un'indagine strutturale e sistematica*. Napoli: Jovene, 2013.

⁵⁷⁰ Estou me reportando às reflexões de MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. *Op.cit.*

⁵⁷¹ Ver o texto de JANSEN, Nils. *Estructura de un Derecho Europeo de Daños: desarrollo histórico y dogmático*. In: www.indret.com, acesso em 23/02/2015.

deverão responder, principalmente em situações que envolvam cenários de corrupção. E por que isto? Como diz Jacobo Dopico Gómez-Aller, porque “es el empresario quien construye, quien fabrica, quien organiza el transporte de pasajeros o mercancías, quien comercializa, etc., y quien obtiene lucro empresarial por ello. Esa libertad de organización empresarial trae como necesario correlato el deber de velar por que la actividad de la empresa no dane bienes jurídicos ajenos”.⁵⁷²

Não poderia ser de outra forma, mas é a dialética aplicação da norma pelos protagonistas do sistema político e jurídico nacional que vai construir tais possibilidades.

Referências

- ADEYEYE, Adefolake. *Corporate Social Responsibility of Multinational Corporations in Developing Countries: perspectives on anti-corruption*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. *Pressupostos da responsabilidade civil objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BALBI, Giulliano. *I delitti di corruzione. Un'indagine strutturale e sistematica*. Napoli: Jovene, 2013.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BARCELONA, V. Pietro. *Diritto privato e processo economico*. Napoli: Jovene, 1977.
- BASUALTO, Héctor Hernández. Desafíos de la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas. In: *Revista de Estudios de la Justicia*, n. 16 – Año 2012. Santiago: REJ, 2012.
- BATEMAN, T. Thinking about Corporate Social Responsibility. In: *The Integra Venture*. http://iintegra.infotech.sk/downloads/83_CSR-Thinking%20.pdf, acessado em 02/03/2015.
- BERLE, A. and MEANS, G. *Modern Corporation and Private Property*. New York: Macmillan, 1932.
- BRIOSCHI, Carlo A. *Breve storia della corruzione*. Milano: Einaudi, 2004.
- C.SALVI-M.VILLONE. *Il costo della democrazia*. Milano: Mondadori, 2005.
- CALABRESI, Guido & MELAMED, A. Douglas. Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: one view of the Cathedral. In: *Harvard Law Review*, n. 85, 1089, 1102-05 (1972).
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2010.
- COCKCROFT, Laurence. Venceremos esta Guerra? In: *CEO/Exame. Um Mundo mais Ético*. Edição 17, Abril de 2014. São Paulo: Editora Abril, 2014.
- EPSTEIN, Richard. A. Theory of Strict Liability. In: *Hein Online*. 2 J. Legal Studies, 151. 1973.
- FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- FREEMAN, E.R. *Strategic Management: a stakeholder Approach*. Pitman: Boston, 1984.
- GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico. Posición de garante del compliance officer por infracción del deber de control: una aproximación tópica. In: PUIG, Santiago Mir e outros (org.). *Responsabilidad de la Empresa y Compliance: programa de prevención, detección y reacción penal*. Buenos Aires: IBdef, 2014.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil e contemporaneidade: retrato e moldura. In: CANEZIN, Claudete Carvalho (coord.). *Arte jurídica: biblioteca científica de direito civil e processo civil*. Curitiba: Juruá, 2007.

⁵⁷² GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico. Posición de garante del compliance officer por infracción del deber de control: una aproximación tópica. In: PUIG, Santiago Mir e outros (org.). *Responsabilidad de la Empresa y Compliance: programa de prevención, detección y reacción penal*. Buenos Aires: IBdef, 2014, p.340.

_____. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

JANSEN, Nils. *Estructura de un Derecho Europeo de Daños: desarrollo histórico y dogmático*. In: www.indret.com, acesso em 23/02/2015.

JARA DÍEZ, Carlos Gómez. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Buenos Aires: IBdef, 2010.

JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. Trad. Raul Lima. In: *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 38, v. 86, p. 548-559, abr.1941.

JUSTEN FILHO, Marçal. A responsabilidade do Estado. In: FREITAS, Juarez. (org.). *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006.

LAUBADÈRE, André de. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1970.

LAZZARINI, Sergio. *Capitalismo de Laços: os donos do Brasil e suas conexões*. São Paulo: Elsevier, 2011.

LEAL, Rogério Gesta. *Impactos Econômicos e Sociais das Decisões Judiciais*. Brasília: Enfam, 2010.

_____. *Patologias Corruptivas nas relações entre Estado, Administração Pública e Sociedade: causas, consequências e tratamentos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013.

MANECHINI, Guilherme. A Lei que quer mudar o país. In: *CEO/Exame. Um Mundo mais Ético*. Edição 17, Abril de 2014. São Paulo: Editora Abril, 2014.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. Vol. V, T. II. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. O Novo Código Civil Brasileiro: em busca da 'Ética da Situação'. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. V. 20, Porto Alegre, outubro de 2001.

McCARTHY, Leonard; VLASSIS, Dimitri. É agora ou nunca: a crise global não deve servir de desculpa para postergar a adoção de medidas de combate à corrupção. In: *CEO/Exame. Um Mundo mais Ético*. Edição 17, Abril de 2014. São Paulo: Editora Abril, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Perplexidades acerca da responsabilidade civil do Estado: União "seguradora universal"?* Disponível em: www.idp.org.br. Acesso em 10/09/2009.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Diretrizes teórico-dogmáticas para a interpretação e aplicação do artigo 187 do Código Civil: renovação e possibilidades da teoria do abuso do direito no Brasil*. Dissertação de Mestrado defendida junto ao PPGD/UFRGS, dezembro de 2007.

MORAES, Maria Amália Dias de. Do Abuso de direito. Alguns aspectos. In: *Revista Estudos Jurídicos*, n. 43, ano XVIII, Porto Alegre, 1985.

_____. A constitucionalização do Direito Civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: *Direito, Estado e Sociedade*, v. 9, n. 9 (jul./dez. 2006).

_____. Problemas em torno da cláusula geral de responsabilidade objetiva. In: *Estudos em Homenagem ao Professor Celso Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

NETO, Martinho Garcez. *Responsabilidade Civil no Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003.

OBIDAÍRO, Simeon. *Transnational Corruption and Corporations: Regulating Bribery Through Corporate Liability*. London: Ashgate, 2013.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

POMAR, Fernando Gómez. Carga de la prueba y responsabilidad objetiva. In: *Dret*, n. 1, 2001. Disponível em: <http://www.indret.com>, acesso em 10/08/2013.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. T. LIII, §5.500. Rio de Janeiro: Borsoi, 2003.

REALE, Miguel. A visão geral do novo Código Civil. In: *Revista de Direito Privado*, v. 9, São Paulo, janeiro de 2002.

- RIZZIATO, E.; NEMMO, E. *Un quadro internazionale, europeo ed italiano sulla responsabilità sociale delle organizzazioni con focus sull'etica dello sviluppo organizzativo*. Rapporto Tecnico Cnr-Ceris N 40 del Febbraio 2012.
- ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- ROSSI, Lucas; FRANÇA, Renan. Como limpar a barra. In: *CEO/Exame. Um Mundo mais Ético*. Edição 17, Abril de 2014. São Paulo: Editora Abril, 2014.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 6, vol. 22, p. 45-69, abr./jun. 2005.
- SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição de danos*. São Paulo: Atlas, 2011.
- SERRA VIEIRA, Patrícia Ribeiro. *A responsabilidade civil objetiva do direito de danos*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión Del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 1999.
- SILVA, Regina Beatriz Tavares. *Novo Código Civil Comentado*. Organizado por Ricardo Fiuza. Comentários ao art. 927. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*. São Paulo: Saraiva, 1974.
- STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- TEPEDINO, Gustavo. A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- VENOSA, Silvo de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2002.

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

LEAL, Rogério Gesta. A responsabilidade objetiva, administrativa e civil das pessoas jurídicas nos termos da Lei Anticorrupção brasileira. In: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). *Problemas emergentes da Administração Pública*. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. *Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 203-223.

EXISTE DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO FUNCIONAL?

SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA

1 Capítulo conceitual

1.1 A nomenclatura '*regime jurídico*' admite dois sentidos cognatos:

(a) O primeiro corresponde à sinonímia com *estatuto jurídico*.

(b) O segundo, à *natureza* da situação jurídica dos destinatários do estatuto.

1.2 *Estatuto jurídico* é o conjunto de regras de direito, produto dos chamados atos-regra, e criadoras de situações jurídicas ditas *objetivas*. Mercê da ocorrência de *fato ou ato-condição*, naquelas previstos, são investidas determinadas pessoas ou entes que, ainda que não personalizados, têm legitimidade de direito; fatos e atos, esses, em razão dos quais se tornam, pessoas e entes, *destinatários* das regras.

A criação das regras jurídicas é produto da prática dos chamados *atos-regra*, que criam as referidas situações jurídicas *objetivas*, também chamadas *estatutárias, gerais, regulamentares, institucionais*.

Essas situações jurídicas têm, como conteúdo, faculdades, poderes e deveres, direitos e obrigações, ações e exceções; todo esse conjunto *em tese* e *em abstrato*.

O complexo de regras criadoras de situações jurídicas objetivas conexas, formando uma unidade, e objeto de um, ou mais diplomas regulativos, constitui um estatuto jurídico; que, normativo, é fonte do Direito; por isso mesmo dito, *Objetivo*.

Cada um de nós é destinatário de variados estatutos; e, assim, investido nas mais diferentes dessas situações.

Os dois estatutos jurídicos mais abrangentes são a Constituição e o Código Civil, eis que, antes mesmo do nascimento, o nascituro está inserido em algumas dessas situações.

1.3 Um primeiro atributo da situação objetiva é o da *identidade*, eis que é *a mesma* para todos os destinatários nela investidos. Não se trata, portanto, de mera *igualdade*, mas de *identidade*, de *mesmidade*, também referidas como *generalidade*.

Outra característica é a da *mutabilidade*, eis que a regra jurídica é, por natureza, alterável, revogável e substituível; com o que se modificam ou se extinguem as situações objetivas, que são seu conteúdo.

1.4 O Direito não existe, porém, para permanecer *in these*, razão pela qual existe o fenômeno de progressiva *individualização* das situações jurídicas estatutárias, por força do fenômeno da *incidência normativa*.

Assim, a própria investidura é um primeiro passo nessa *individualização*, porquanto a pessoa ou o ente deixou de ser *terceiro*, para ser *destinatário*, investido na situação jurídica, ainda que objetiva esta.

Por isso é que o investido tem o sentimento de que já lhe cabe '*algum direito*'. Em verdade, porém, trata-se de um direito *em expectativa*, de *expectativa de direito*, no aguardo da ocorrência de fatos e da prática de atos, tipificados, pela própria regra jurídica, como hábeis a provocar o referido fenômeno da *incidência*, da qual são, aqueles atos e fatos, pressupostos. Configurados, estes, a regra os *atrai*; e eles, partindo do mundo factual, penetram no mundo do direito. Em decorrência, tem lugar a *juridicização* dos mesmos.

Léon Duguit,⁵⁷³ prelecionando sobre as diferentes espécies de situações jurídicas, assinala que as objetivas têm o caráter de situações gerais e permanentes, derivadas da lei, a qual determina seu alcance e extensão. Mas elas se individualizam, em razão de atos individuais, atos que são os atos-condição.

1.5 *Individualizada* a situação, do destinatário, pela investidura, passa-se à fase de *personalização jurídica*; na medida em que vão sendo exercidos os poderes que são àquele conferidos e cumpridos os deveres que lhe são atribuídos pela regra em abstrato; bem como pela ocorrência de fatos e atos que concretizam os direitos e as obrigações em tese, criados pela regra.

1.6 A personalização deflui, portanto:

(a) da prática, no exercício dos mencionados poderes, de atos denominados *subjetivos*, *criadores* de situações jurídicas pessoalizadas, que, igualmente, recebem a designação de *subjetivas*;

(b) da ocorrência de atos e fatos concretizadores de direitos e obrigações *ex lege*, criados *em tese* pela regra jurídica; atos e fatos, estes, que por *gerarem*, *in casu*, *situações jurídicas subjetivadas*, são conhecidos como *atos e fatos geradores*.

1.7 São próprias das situações *subjetivas* e *subjetivadas* os atributos da *particularidade* e da *imutabilidade*; opostos aos das situações *objetivas*.

1.8 Dada a mutabilidade da situação jurídica objetiva e a necessidade da blindagem das situações jurídicas *subjetivas* e *subjetivadas*, fazem-se imprescindíveis salvaguardas defensivas em favor das partes que ocupam estas duas últimas espécies.

Traduzem-se tais salvaguardas, dentre outras limitações constitucionais ao poder regulativo, nas garantias constitucionais, pétreas, do *ato jurídico perfeito* e do *direito adquirido* (CF, art. 5º XXXVI; e 60, §4º, IV; Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, art. 6º, e §§; art. 74, e parágrafo único, do Código Civil de 1916).

São institutos de Direito Intertemporal, que atendem ao *princípio da segurança jurídica*, modalidade conspícua da *segurança*, direito fundamental, de índole individual, coletiva e social (CF, preâmbulo, e arts. 5º, XXXVI, e 6º).

1.9 O *ato jurídico perfeito* é aquele cujo suporte fático reuniu todos os elementos *existenciais* e, desse modo, nasceu para o Direito, penetrou no mundo jurídico, onde, uma vez *eficaz*, vai produzir seus efeitos, que são direitos, deveres, obrigações, pretensões e ações.

⁵⁷³ DUGUIT, Leon. *Traité de Droit Constitutionnel*. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cia, t. I, 1927, p. 311 e 328.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro define o ato jurídico perfeito como sendo 'o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou': art. 6º, §1º.

Conforme se vê, a consumação é do suporte fático, que, sem deficiências, aperfeiçoou-se, encerrando a fase de sua formação. O adjetivo 'perfeito' está no sentido em que é usado na locução, 'pretérito perfeito' (*per + factum*). Trata-se, pois, de existência de fato e de direito; já que se cuida de instituto do *plano de existência* dos atos jurídicos.

1.10 À subjetivização ou à subjetivação da situação jurídica pode não corresponder, desde logo, a *aquisição do direito* ou, *a fortiori*, o *exercício do direito* já adquirido.

Na primeira hipótese, tem-se a figura do *direito futuro*, que, na definição que constava do art. 74, III, 2ª parte, do Código Civil de 1916, é *aquele 'cuja aquisição não se acabou de operar'*; aquele, pois, que está em processo de aquisição. Em contraposição, o *direito atual* é aquele '*completamente adquirido*' (art. 74, III, 1ª parte).

1.11 Duas são as espécies de *direito futuro*, em razão de não se ter ainda operado a aquisição: (a) o *deferido* ou *atribuído*, que é aquele cuja aquisição pende somente do arbítrio da vontade do sujeito; e (b) o *direito não deferido* ou *eventual*, cuja aquisição se subordina a fatos ou a condições fálveis (art. 74 *cit.*, parágrafo único).

Na primeira categoria, o sujeito do direito futuro é titular de um *direito potestativo*, ou seja, direito adquirido de constituir outro direito. O exercício do primeiro dará lugar à aquisição do segundo; o qual deixa de ser direito futuro, para ser direito atual, *adquirido*.

O *direito não deferido* é o *direito expectado*, diverso do *direito em expectativa*, da mera expectativa de direito, porquanto a situação de seu titular não é de *expectativa*, mas de *expectância*.

É que, na *expectativa*, como bem reflete o seu correspondente latino, a *spes iuris*, o surgimento do direito depende da ocorrência do fato gerador, previsto, no ato-regra, como hábil à plena subjetivização da situação jurídica até então em tese; ou do exercício de poder nela conferido ao destinatário, igualmente de índole personificante. Como a regra é *modificável, substituível, extinguível* mediante revogação, se o fato gerador não tiver ocorrido, ou se o poder não tiver sido exercido, antes de um desses fenômenos jurídicos, não haverá como nascer o direito.

Já na *expectância*, existe o titular do *direito expectativo*; direito adquirido a, uma vez ocorrido o fato ou implementada a condição, adquirir o direito dito *expectado*. É a hipótese em que o implemento de *condição suspensiva* é pressuposto da eficácia final do ato jurídico condicionado.

Até então, o direito *pende entre o ser e o não ser*. Estatui o art. 125 do CC vigente: "subordinando-se a eficácia do negócio jurídico à condição suspensiva, enquanto esta se não verificar, não se terá adquirido o direito, a que ela visa".

Anote-se, porém, que o direito assegura o *direito expectado*, estatuinto o Direito Intertemporal que ele, cujo nascimento se sujeita a *condição* preestabelecida, inalterável a arbítrio de outrem, também já é considerado *direito adquirido*, nos termos do art. 6º, §2º, última parte, da LINDB.

1.12 O *direito atual, adquirido*, é aquele exercitável por seu titular ou por outrem em seu nome; bem como aquele cujo começo de exercício tenha *termo* prefixado; além, repita-se, do direito cuja existência pende do advento de *condição suspensiva*: art. 6º, §2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Do *termo inicial* cuida o art. 131 do CC, segundo o qual o mesmo "suspende o exercício, mas não a aquisição do direito".

1.13 *Direito consumado* é aquele *exercitável*, mas ainda *não exercido*, nem, tampouco, *em fruição*, *em desfrute*.

Diz-se consumado o direito exercitável, porquanto, a figura da *exercibilidade* é o núcleo da noção de aquisição do direito.

O direito exercitável, ou seja, o direito consumado, é o direito adquirido em seu grau máximo.

2 A situação jurídico-funcional

2.1 O *status*, a qualidade jurídica de servidor público envolve, primeiramente, uma situação jurídica base, ou principal; o cargo público.

É ela tida por *estatutária*, *regulamentar*, *objetiva*, *institucional*, porque, como é próprio da espécie, seu conteúdo de *poderes*, *deveres*, *faculdades*, *limitações*, *restrições*, *vedações* e *proibições* encontra-se na regra jurídica, criada a partir de ato-regra.

A investidura nessa situação é constituída pela *nomeação*, *posse e entrada em exercício*, *pela promoção* ou por outra modalidade legal, identificando-se como procedimento-condição da inserção, da pessoa física, no *status* correspondente, o mencionado cargo público, integrante de uma classe funcional.

2.2 Com efeito, a doutrina e a jurisprudência têm, de há muito, sufragado a chamada teoria estatutária da função pública. Caio Tácito assim conclui levantamento da matéria, no Direito Comparado:

Não criando situações jurídicas gerais ou individuais, a nomeação e a aceitação de cargo público são, tipicamente, atos-condição. [E adita que] são atos de vontade, os quais colocam o indivíduo dentro de uma situação geral e impessoal, emanada da lei. Associam o funcionário ao regime legal da função pública, sem que deles resulte qualquer cláusula reguladora da relação pública constituída.⁵⁷⁴

Essa associação decorre do já referido viés subjetivador dos atos-condição.

A legislação brasileira tem, nesta linha, consagrado, expressamente, a teoria estatutária, datando de 1939 (Decreto-lei nº 1.713, de 28 de outubro) o primeiro Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Poder Executivo da União. Por imposição do art. 39 da CF, em sua versão original, que fora revogada pela EC nº 19/98, mas que teve restaurada sua eficácia por força de decisão do STF (ADI 2.135-4), vigora, atualmente, o Regime Jurídico Único, igualmente de índole estatutária, e, no âmbito federal, objeto da Lei nº 8.112, de 11.12.90. As entidades locais têm, igualmente, seus estatutos funcionais. Outrossim, lembremos a Lei nº 6.185, de 11-12-74, que, ao dispor, em certa época, sobre os servidores públicos civis da Administração Federal Direta e autárquica, segundo a natureza jurídica do vínculo funcional, estabeleceu que uma parte desses servidores (aos quais se referia no art. 2º, alterado pela Lei nº 6.335, de 31-5-76) se regia por disposições estatutárias.

2.3 Nessa moldura, a situação jurídica funcional estatutária caracteriza-se pela: (a) *identidade*, isto é, pela *mesmidade*, pois que é a mesma, é uma e única situação para todos os que nela se investem; tendo a situação institucional uma única identidade, e,

⁵⁷⁴ TÁCITO, Caio. Natureza Estatutária da Função Pública. *Revista de Direito Administrativo*. v. 35, 1954, p. 54 e ss.

por isso, é tida por geral: todos aqueles que se encontram na mesma situação objetiva têm os mesmos poderes e deveres, direitos e obrigações; (b) *permanência* da fruição da situação; e (c) *mutabilidade*, em razão da modificabilidade e da revogabilidade da norma; ressalvadas, porém, a prevalência das garantias, petreamente asseguradas pela Constituição Federal, do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada (art. 5º, XXXVI).

2.4 Com a *investidura*, individualiza-se a situação jurídica do servidor. Desenvolve Leon Duguit, na obra citada:

O ato-condição determina um indivíduo, de tal maneira que uma norma jurídica, que não lhe era anteriormente aplicável, se lhe torna aplicável [...] O ato é objetivo, no sentido de que tem como único efeito condicionar a aplicação de certas disposições do Direito Objetivo. Mas ele tem algo de subjetivo, pois que condiciona a aplicação, a um sujeito determinado, da norma considerada [...]. Os exemplos dos atos jurídicos dessa espécie abundam no Direito Público e no Direito Privado. Basta citar a nomeação de um funcionário, o reconhecimento do filho natural, a legitimação, o casamento, a naturalização.⁵⁷⁵

Surgem, por outro lado, as figuras dos *direitos atuais* e, também, de *direitos futuros*, isto é, ainda não “*completamente adquiridos*”, *deferidos* ou *não deferidos* (cf. art. 74, III, e parágrafo único, do CC/16), que já têm algo de subjetivo, e não meramente factual: *deferido*, repise-se, é o direito futuro cuja aquisição pende somente do arbítrio do sujeito; o *não deferido*, quando a aquisição se subordina a fatos ou a condições fálveis.

Esses direitos, direitos *ex lege*, em processo de aquisição, transformar-se-ão em direitos atuais, que são os “*completamente adquiridos*” (art. 74, III *cit.*), em razão da ocorrência de fatos geradores e da configuração de atos subjetivos concretos.

Lembremos o quadro oferecido pelo Direito Tributário, no qual a obrigação tributária, correlata com o direito da Fazenda, ambos *ex lege*, e não, de origem negocial, se subjetivam, instaurando-se a relação jurídica obrigacional tributária, com a ocorrência da *Tatbestand*, o fato gerador, sendo, o lançamento, ato declaratório-constitutivo. Num primeiro momento, existe o contribuinte, em potencial, destinatário das normas sobre determinado tributo, previsto em lei, como é o caso do *industrial*, em relação ao IPI (art. 51, II, do CTN); e em identidade de situação com outros, também investidos na mesma situação, configurando-se direitos e obrigações fiscais futuros não deferidos. A concretização da obrigação tributária, correlata com o direito do Fisco, previstos na regra jurídica, dá-se com a ocorrência do fato gerador da relação jurídico-tributária, já, agora, consumada, com o surgimento das figuras dos respectivos sujeitos passivo e ativo. O lançamento tem dupla função: (a) a declaratória, de acertamento, com a identificação e a mensuração de elementos; e (b) a constitutiva da pretensão tributária estatal, como fator de exercício, pelo Fisco, de seu direito, ou seja, da exigibilidade do cumprimento do débito tributário.

O símile da fenomenologia jurídico-funcional é perfeito: (a) com a *investidura*, a pessoa física, que, até então, era terceira em relação à legislação funcional, torna-se agente público, ocupante de uma situação jurídica estatutária, já com carga individualizante; e, assim, titular, determinado, de direitos atuais e futuros, e não mais direitos meramente

⁵⁷⁵ DUGUIT, Leon. *Traité de Droit Constitutionnel*. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cia, t. I, 1927, p. 311 e ss.

em tese, como simples expectativas; (b) mercê da ocorrência de atos e de fatos jurídicos (p. ex., o transcurso do tempo, em termos de exercício da função pública), esses direitos vão sendo adquiridos; e (c) pelo exercício da pretensão, mediante requerimento (ou, por vezes, *ex officio*), dá-se a exigência do cumprimento da obrigação, pelo Poder Público, a envolver, em geral, um ato de acerto, em termos de fixação de elementos de mensuração do objeto do direito e da correspondente obrigação.

2.5 A partir da *situação jurídica básica* surgem outras: *derivadas, decorrentes*; e àquela se vinculam outras, ainda, *acessórias e cognatas*. Ademais, a par de situações jurídicas, o servidor também pode ocupar *posições jurídicas*, temporárias, transitórias.

2.6 Nesse cenário conceitual, legal e jurisprudencial, conclui-se que, efetivamente, inexistente direito adquirido a regime jurídico funcional, tomada a expressão no sentido de *estatuto jurídico*, conforme referido no limiar deste trabalho.

Quanto ao segundo significado então apontado, no de natureza da situação jurídica, o art. 39 da CF impõe, conforme visto, um regime jurídico único, que poderia, em princípio, ser de natureza administrativo-estatutário – o que veio a prevalecer –; ou administrativo-contratual; ou, ainda, contratual-celetista.

Nesse sentido, entendemos, ao comentarmos, ainda em 1991, a Carta de 88,⁵⁷⁶ que há direito adquirido ao regime jurídico, nesse segundo sentido; mas a Lei nº 8.112/91 (art. 243, e §§) transformou, *ipso iure*, a situação contratual-celetista em estatutária, sem abrir opção para os ocupantes daquela primeira situação.

2.7 A CF alude a *emprego público*, situação jurídica também objetiva, mas protegida por um contrato de trabalho, em geral, o celetista; nada impedindo, porém, reitere-se, que se crie a espécie do *contrato administrativo de trabalho*. A denominação abrange não apenas os empregos da administração direta, autárquicas e fundacional, mas, igualmente, a empresarial pública. Há, porém, peculiaridades no estatuto jurídico dos empregados públicos, mesmo em se tratando de celetistas (*cf.* art. 173, §1º, II, da CF).

2.8 Mas saliente-se que o início da *individualização funcional* se dá antes da investidura no cargo público.

A *acessibilidade* aos cargos e empregos públicos constitui direito público subjetivo, inscrito no art. 37, I, da CF de 88, de que são titulares “os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como os estrangeiros, na forma da lei”.

Não se configura, apenas, como um direito em tese, o que se radica, ontologicamente, na própria essência, na natureza mesma da situação, que já é subjetivada, a ensejar o exercício da pretensão (*exigibilidade*) e da ação (*efetividade*). É que a Constituição é o contrato social, que, se democrático, celebrado por todo o povo, por meio de seus representantes, os constituintes.

O exercício desse direito público subjetivo se dá por meio de inscrição no concurso público; à qual se segue a admissão neste.

2.9 Tem continuação a progressiva individualização de situações, com a aprovação no concurso, e a prática do ato administrativo declarativo das condições para a assunção do cargo. Nasce, então, o direito subjetivo adquirido à nomeação, hoje reconhecido, independentemente de preterição na ordem classificatória (Súmula STF 15); e de acordo com a existência de vagas, dentro do prazo de validade do concurso (O STF, no RE 598.099 – Repercussão Geral).

⁵⁷⁶ FERREIRA, Sérgio de Andrea. *Comentários à Constituição*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991, p. 425-427.

Por seu turno, o nomeado tem direito à posse (Súmula STF 16), que, tal como a nomeação, é ato jurídico unilateral, de aceitação; e o empossado, à entrada em exercício do cargo, completando-se a investidura.

2.10 Se é certo, portanto, que a situação jurídica básica do servidor público é estatutária, tal não impede que, decorrentemente, surjam situações jurídicas subjetivadas e subjetivas, mercê da ocorrência de atos e de fatos geradores, como o exercício do cargo, a gerar o direito à remuneração *pro labore facto*: ao cômputo do tempo de serviço para vários fins.

2.11 Também situações jurídicas subjetivas, criadas pelos protagonistas da cena funcional, são possíveis, como quando o servidor tem algum direito potestativo de opção, inclusive entre permanecer em atividade e aposentar-se por tempo de contribuição.

Acentue-se que os atos e os fatos jurídicos, embora essencialmente de natureza objetiva, se revestem de *cargas* de subjetividade, como é o caso da própria investidura no cargo público; a qual, consubstancialmente, gera o direito subjetivo adquirido ao mesmo; ou seja, à ocupação daquela situação jurídica objetiva.

Efetivamente, mesmo no período de estágio confirmatório, probatório, a perda do cargo, a *desinvestidura* só pode dar-se por incapacidade ou por fato superveniente (Súmula STF nº 21 e 22).

A garantia ao cargo se adensa, certamente, com a obtenção da estabilidade ou do vitaliciamento (CF, arts. 41, e §1º e 3º; 95, I; 73, §3º; 128, §5º, I, *a*). Em caso de extinção do cargo, há o sucedâneo da disponibilidade remunerada (art. 41, §3º).

2.12 Outro ponto a ser realçado, na asseguaração dos direitos do servidor, é o respeito ao progressivo procedimento de aquisição do direito, no caso de *direito futuro deferido*, em que basta o exercício do *direito potestativo constitutivo*, para fazê-lo *direito atual*. E no de *direito futuro expectado (futuro não deferido)*, sob condição suspensiva, mas protegido pela prévia aquisição do direito expectativo.

Igualmente, cabe salvaguardar o *direito completamente adquirido*, porém ainda não exercido, porquanto o exercício, inclusive aquele sujeito a termo inicial, apenas faz *consumado* o direito que já é *atual*.

2.13 Questão relevante diz respeito ao devido entendimento quanto ao famoso princípio do *'tempus regit actum'*, para fins de aperfeiçoamento do *suporte fático*, com o que se forma o *ato jurídico perfeito*, instituto pertinente ao plano da existência; e de que decorre o *direito adquirido*, já no plano da eficácia jurídica; abrangendo as hipóteses de direito com exercício sujeito a termo; direito com aquisição dependente de condição suspensiva.

O importante é a identificação correta de qual é o *tempus* a ser considerado; a par do necessário respeito à progressão aquisitiva do direito.

2.14 Sem dúvida, aspecto de decisiva importância é a constatação de que a Constituição, como pacto social, *cria* situações jurídicas subjetivas, de que decorrem direitos públicos, não apenas subjetivos, mas *subjetivos adquiridos* ou *em processo de aquisição*.

Excelsa virtude da CF de 88 foi conferir *exigibilidade e efetividade* aos direitos públicos subjetivos, que sempre existiram, mas nem todos eram dotados de *pretensão e ação*.

Além disso, os princípios constitucionais, a par de suas tradicionais funções, informativa, interpretativa do direito e dos fatos e supletiva, constituem *bens juridicamente*

tutelados; agregando-se, também a eles, a pretensão, que veicula a exigibilidade de sua satisfação, e a ação, que lhes confere concretude efetiva.

É o caso do *princípio da segurança* a abranger a *segurança jurídica*, fundamental na matéria que estamos tratando.

Os direitos assegurados pela CF aos servidores públicos são direitos individuais e sociais, protegidos por cláusula pétreia; mesmo porque o elenco desses direitos não se esgota no art. 5º da Carta Magna Nacional, como já decidiu o STF, ao considerar de tal natureza as garantias tributárias do contribuinte, enumeradas no art. 150 do texto constitucional.

Negar essa natureza aos direitos constitucionais dos servidores é pôr por terra o núcleo do sistema constitucional vigente.

Não é para fins lúdicos que se inscrevem direitos subjetivos na Constituição Brasileira.

2.15 Deve afastar-se, outrossim, a tão repetida parêmia, de que “não há direito adquirido contra a Constituição”.

A Ementa Constitucional não tem a mesma natureza, nem a mesma eficácia da Constituição original; e as modificações que introduzem nesta têm efeito imediato, mas *ex nunc*; não prejudicando, portanto, os direitos adquiridos, inclusive os expectativos e os seus correlatos direitos expectados.

Raul Machado Horta⁵⁷⁷ salienta que, em face dos fundamentos “que caracterizam o Direito Constitucional Brasileiro, é necessário analisar e aplicar com prudência a regra jurisprudencial de que ‘não pode haver direito adquirido contra preceito expresso da Constituição’ (RDA 24/57, 54/213)”.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, tratando dos *Efeitos da Constituição Sobre os Direitos Adquiridos* (Capítulo IV), afirma que essa é uma questão “que, em geral, é encarada radicalmente”.⁵⁷⁸

E lembra que a crítica não é nova: o inexcusável Clóvis Beviláqua prelecionava que, “por exemplo, no concernente às vantagens individuais de funcionários públicos, haveria direito adquirido, apesar da superveniência da Constituição dispondo em contrário”.⁵⁷⁹

Faz, ainda, fundamental observação: a tese da *inoponibilidade* não pode ser considerada em seu valor absoluto, se a Constituição - como a Brasileira - consagra o princípio da irretroatividade das leis, o que não acontece em muitos sistemas jurídicos alienígenas, inclusive o Direito Francês.

E conclui, sustentando que, somente no tocante às normas materialmente constitucionais, ou seja, as “essenciais à estrutura do Estado”, é que não há direitos adquiridos, porquanto “tais normas constituem o cerne da estrutura política, que sem elas rui”. E exemplifica com o *direito de voto*, que pode ser retirado para os menores até determinada idade, os quais, pelo texto constitucional anterior, o tinham.

Mas, fora desse estrito círculo, explícita o grande constitucionalista, os direitos adquiridos persistem sob novo texto constitucional, eis que, reiterar-se, cobertas as garantias em foco com o manto protetor, intransponível, da clausulação pétreia.

⁵⁷⁷ HORTA, Raul. Constituição e Direito Adquirido. *Revista Trimestral de Direito Público*. v. 1, 1973, p. 59.

⁵⁷⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito Constitucional Comparado: o poder constituinte*, 1974. T. I, 1974, p. 123 e ss.

⁵⁷⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Rio, 1980, p. 15.

Foi a própria CF de 1988 que, quando quis excepcionar, teve que fazê-lo expressamente, ao estatuir, no art. 17 do ADCT, que não se admitia, no caso nele previsto, invocação de direito adquirido. Se isso sempre ocorresse, não haveria necessidade de ressalva.

2.16 Riscos sérios à intangibilidade dos direitos adquiridos, inclusive os constitucionais, é a sua chamada “flexibilização”, assim como as falsas *assegurações* dos mesmos.

É o que ocorre em face do direito à *irredutibilidade vencimental*, agredida pelo não reajuste anual (CF, art. 37, X); pela atualização deficiente; pela ilusória preservação de ganhos, mediante perverso *congelamento* e progressiva extinção por absorção de verbas remuneratórias; pela equivocada aplicação do critério de proporcionalidade, como se, com isso, se respeitasse a blindagem dos direitos adquiridos; olvidando-se que não há “meio direito adquirido”; e não obstante ser o direito à irredutibilidade rotulado como “direito adquirido da qualificação especial”.

Pretende-se atender aos direitos atuais, com regras de *Direito Transitório*, ignorando-se as de *Direito Intertemporal*, *Sobredireito* aplicável na hipótese; sendo que aquelas somente são pertinentes (e até benfazejas), se não for caso de aplicação das últimas.

2.17 Invocando o estudo de Paulo Lacerda,⁵⁸⁰ Leopoldo Braga⁵⁸¹ reproduz a lição de Gabba,⁵⁸² de que a conexão entre efeitos jurídicos, coexistentes ou sucessivos, faz com que a caracterização da aquisição do direito, do direito adquirido, abranja todo o conjunto.

Quanto à conexão com a sucessividade, afirma Gabba: “As conseqüências de um direito adquirido devem ser tidas, elas, também, como direitos adquiridos juntamente com aquele, sempre que se possam considerar como desenvolvimento do mesmo direito ou como transformação dele”.

Na mesma linha, cita Francesco Ferrara:⁵⁸³

[...] ogni rapporto è conformato secondo la legge del tempo della sua nascita. I rapporti della vita in fatti diventato rapporti giuridici, in quanto l'ordine giuridico attribuisce ad essi effetti. Ora, il fatto giuridico riceve la sua impronta dalla legge del tempo, in cui esso nacque. Perciò se una legge nuova è data, questa non può influire su di esso, il quale porta già con sé fin dall'origine il suo regolamento. I fatti CON TUTTE LE LORO CONSEGUENZE, SIA SVOLTE O DA SVOLGERSI, restano sotto l'impero della legge loro nascita.

Ma il principio dell'irretroattività importa non solo che restano intatti gli effetti già svolti o che si stano svolgendo al momento dell'entrata in vigore della nuova legge, MA ANCHE QUELLI CHE SI SVOLGERANO DOPO.

Possamo distinguersi tre ordine di effetti esauriti, pendenti, futuri. Gli effetti esauriti sono quelli già realizzati totalmente e finiti sotto l'impero della legge precedente (così obbligazioni già pagate, prescrizione compiuta, lite decisa consentenza irrevocabile);

⁵⁸⁰ LACERDA, Paulo. *Manual do Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Rio, v. I - Introdução e Parte Primeira, 1918, p. 104.

⁵⁸¹ BRAGA, Leopoldo. *As Garantias do Ato Jurídico Perfeito a do Direito Adquirido na Aposentadoria Funcional*. Rio de Janeiro: Edição do Autor, 1978.

⁵⁸² GABBA, Carlos Francesco. *Teoria della Retroattività delle Leggi*. 3. ed., Turim: UTET, 1891- 1898.

⁵⁸³ FERRARA, Francesco. *Trattato di Diritto Civile Italiano*. Roma: Athenaeum, 1921, p. 257 e 267.

effetti pendenti sono quelle in corso, che si stano svolgendo e continuano da um rapporto ancora vivente (così un contratto conchiuso che non ha ricevuto la sua piena esecuzione; effetti futuri sono quelli non ancora nati da un rapporto o fatto compiuto sotto la legge anteriore, ma che possono nascere, effetti potenziali e attuali che aspettano una circostanza o occasione o la volontà delle parti per determinarsi.

Ora, il principio della irretroattività non solo lascia incolumi gli effetti esauriti e conserva quelli in corso, MA MANTIENE ANCHE LA POTENZIALITÀ DEL FATTO GIURIDICO DI PRODURRE ULTERIORI EFFETTI ANCHE SOTTO IL DOMINIO DELLA LEGGE SUCCESSIVA. Perchè questi effetti non scoppiano come UN FATTO NUOVO, MA SONO GIÀ CONTENUTI IN GERME NEL GREMBO DEL FATTO GIURIDICO, E NON FANNO CHE SVILUPParsi O MATURarsi POSTERIORMENTE.

Cunha Gonçalves⁵⁸⁴ também é peremptório a respeito:

Nascida uma situação jurídica concreta, pode subsistir no futuro, e todavia fica sujeita à lei do passado: pois **todas as consequências jurídicas dessa situação podem ser consideradas como antecipadamente produzidas e fazem corpo com ela. Estas consequências, por isso, quer efetivadas, quer por efetivar, ficam sob o império da lei que vigorava ao tempo dos fatos originários, desde o nascimento destes.**

E, ainda, adverte que:

a questão da retroatividade da lei nova não diz respeito somente aos direitos nascidos e que produziram todos os seus efeitos na vigência da lei antiga, ou seja aos direitos chamados instantâneos ou efêmeros, **mas principalmente aos direitos de exercício contínuo, ou aos direitos que, nascidos no domínio duma lei anterior, continuam a produzir consequências ou efeitos na vigência da nova lei.**

Comentando esse aspecto, expõe Leopoldo Braga:

Esse entendimento, que corresponde à doutrina hoje universalmente consagrada e dominante, ajusta-se, aliás, perfeitamente, a famosa conceituação de Gabba, dos direitos adquiridos, segundo o qual são eles “todos aqueles direitos que advêm como consequência de um fato apto a produzi-los em virtude da lei vigente ao tempo em que o fato se realizou e que entram imediatamente a fazer parte do patrimônio da pessoa, embora a ocasião de fazê-los valer se tenha apresentado sob o império da nova lei”. Os efeitos inerentes (ou imanes) constituem um prolongamento, uma continuidade do “direito principal”, ou são um processo, um meio necessário à sua execução, à sua efetiva realização material, ao seu próprio “exercício contínuo”, exercício esse, cujo prolongamento, como adiante veremos, poderá, pela própria natureza do direito, configurar uma daquelas “situações legais permanentes”, a que aludira Duguit.⁵⁸⁵

2.18 Outro tópico de relevo é aquele que diz respeito ao *Regime Próprio de Previdência Social*, e ao *Complementar* correspondente (CF, art. 40); os quais, sendo de

⁵⁸⁴ GONÇALVES, Luis da Cunha. *Tratado de Direito Civil*. Coimbra: Coimbra, 1929, v. I, p. 345 e ss.

⁵⁸⁵ BRAGA, Leopoldo. *As Garantias do Ato Jurídico Perfeito a do Direito Adquirido na Aposentadoria Funcional*. Op. cit., p. 132.

caráter contributivo e em regime de capitalização, têm *natureza contratual*; o que reforçou a subjetivação dos direitos dos servidores, à aposentadoria, e o de seus beneficiários, à pensão; benefício, este último, *objeto de estipulação em favor de terceiro*, integrante do contrato previdencial.

2.19 Adite-se a figura da *consolidação extraordinária* de situações jurídicas, originariamente com vícios.

Existem, com efeito, hipóteses de superação da invalidade dos atos administrativos, quando o interesse coletivo é mais bem atendido pela manutenção do ato, em razão do tempo decorrido desde sua entrada no mundo jurídico; da intensidade e vulto dos efeitos produzidos; do número de pessoas por ele beneficiadas; da boa-fé com que foi praticado o ato.

Almiro do Couto e Silva,⁵⁸⁶ explana:

No fundo, porém, o conflito entre justiça e segurança jurídica só existe quando tomamos a justiça como valor absoluto, de tal maneira que o justo nunca pode transformar-se em injusto e nem o injusto jamais perder essa natureza. A contingência humana, os condicionamentos sociais, culturais, econômicos, políticos, o tempo e o espaço - tudo isso impõe adequações, temperamentos e adaptações, na imperfeita aplicação daquela ideia abstrata à realidade em que vivemos, sob pena de, se assim não se proceder, correr-se o risco de agir injustamente ao cuidar de fazer justiça. Nisso há nada de paradoxal. A tolerada permanência do injusto ou do ilegal pode dar causa a situações que, por arraigadas e consolidadas, seria iníquo desconstituir, só pela lembrança ou pela invocação da injustiça ou da ilegalidade originária.

Do mesmo modo como a nossa face se modifica e se transforma com o passar dos anos, o tempo e a experiência histórica também alteram, no quadro da condição humana, a face da justiça. Na verdade, quando se diz que em determinadas circunstâncias a segurança jurídica deve preponderar sobre a justiça, o que se está afirmando, a rigor, é que o princípio da segurança jurídica passou a exprimir, naquele caso, diante das peculiaridades da situação concreta, a justiça material. Segurança jurídica não é, aí, algo que se contraponha à justiça; é ela a própria justiça.

A invariável aplicação do princípio da legalidade da Administração Pública deixaria os administrados, em numerosíssimas situações, atônitos, intranquilos e até mesmo indignados pela conduta do Estado, se a este fosse dado, sempre, invalidar seus próprios atos - qual Penélope, fazendo e desmanchando sua teia, para tornar a fazê-la e tornar a desmanchá-la - sob o argumento de ter adotado uma nova interpretação e de haver finalmente percebido, após o transcurso de certo lapso de tempo, que eles eram ilegais, não podendo, portanto, como atos nulos, dar causa a qualquer consequência jurídica para os destinatários.

São do Ministro Leitão de Abreu⁵⁸⁷ as seguintes palavras, com que o brilhante jurista anota:

Qualquer que sejam, porém, as explicações articuladas, a verdade é que, no fundo, são todas influenciadas, conscientemente ou não, pela ideia de que os fatos, em virtude de

⁵⁸⁶ SILVA, Almiro do Couto e. Princípio da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. *Revista de Direito Público*. n. 84, out./dez., 1987, p. 46 e ss.

⁵⁸⁷ ABREU, Leitão de. *A Validade da Ordem Jurídica*. Porto Alegre: Globo, 1964, p. 162/163

sua própria energia, impõem-se ao reconhecimento da ordem jurídica. Se é indiscutível que esta, pelas injunções normativas, influi nos comportamentos, sujeitando-os aos seus esquemas, é irrecusável, por outro lado, que os próprios comportamentos, reagindo, por vezes, contra as pautas, que lhes são prescritas pela ordem jurídica, seguem o seu próprio caminho, indiferentes às diretrizes que esta lhes assina. Pode a ordem jurídica, sem dúvida, hostilizar esses comportamentos e até perseguir, com medidas drásticas, os seus protagonistas. É o sistema jurídico levado, no entanto, a admiti-los como criadores de situação que merece tutela, quando a negativa de proteção for prejudicial à tranquilidade da ordem, que o direito, antes de tudo, quer garantir nas relações sociais. Nesse caso, a proteção da ordem jurídica lhes é dispensada, não porque tenham sido os indivíduos, nos seus comportamentos, autorizados a criar tais situações, mas porque, estas, pela sua própria energia, forçaram o sistema jurídico a admitir-lhes os efeitos. As normas jurídicas instituídas de maneira irregular não tiram, pois, a sua eficácia de habilitação recebida pelo órgão que as editou para desviar-se das regras estabelecidas, de modo expresso, no direito positivo, quanto ao desempenho da sua atividade. A sua eficácia jurídica resulta, antes, dos próprios fatos, não sendo impróprio afirmar-se, para usar-se a expressão romana, que o direito, nessa hipótese, é criado *rebus ipsis et factis*.

Weida Zancaner⁵⁸⁸ assinala que, se há um dever, da Administração Pública, de rever sua posição, se algum vício a inquinava; existe, também, o de convalidar ou o de reconhecer a convalidação; ocorrendo, ainda, hipóteses em que a Administração já não pode desfazer ou exigir que se desfaça a situação jurídica, mesmo não sendo caso de convalidação, pela preclusão de seu poder impugnativo.

2.20 Finalmente, negrite-se que a natureza estatutária da função pública tem uma repercussão vantajosa para o servidor, em termos, não só processuais, como de direito material.

É ela o alcance, por decisões favoráveis a um ou a vários servidores, em benefício daqueles que estão em igual situação jurídica subjetiva, decorrente da mesma situação objetiva.

Estamos no campo da eficácia da sentença que se projeta fora do processo, é extraprocessual ou material: é a coisa julgada substancial, dotada de eficácia preclusiva panprocessual, a vincular as partes, em seu proceder, à diretriz mandatária emanada da decisão revestida da preclusão máxima. É a lição de Luiz Machado Guimarães.⁵⁸⁹

Em sede de *Direito Substantivo*, todos os atingidos estão na mesma situação jurídica objetiva: o que, juridicamente, existe, é válido ou inválido, eficaz ou ineficaz, o é para todos; o que repercute na decorrente situação jurídica subjetiva, personalizada por cada um.

Processualmente, importa a espécie de litisconsórcio que se forma em tais casos. Como é possível ocorrer que apenas um dos integrantes do conjunto funcional; ou então alguns deles ou mesmo todos podem ir a juízo, identifica-se, nos dois últimos casos, o *litisconsórcio facultativo unitário*, que é aquele que, não sendo de formação obrigatória, é identificado pela imperatividade da *uniformidade* decisória '*para todas as partes*', consoante a conceituação do art. 47 do CPC.

Efetivamente, a hipótese é de *unitariedade decisória*, eis que há de ser uniforme para todos que se encontram na mesma situação jurídica, ou seja, para todos os litisconsortes.

⁵⁸⁸ ZANCANER, Weida. *Da Consolidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*. São Paulo: Malheiros, 1990.

⁵⁸⁹ GUIMARÃES, Luiz Machado. *Estudo de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1969, p. 9 e ss.

Por outro lado, cuida-se de *litisconsórcio facultativo*, pois que a eficácia da sentença não depende da presença de todos aqueles no processo. O *litisconsórcio* não é *necessário*: é *unitário facultativo*.

Como se vê pelo disposto no art. 46 do CPC, a formação de *litisconsórcio*, no Direito Processual Civil Brasileiro, é, em princípio, facultativo, e dele é que trata esse dispositivo: “Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente (...)”; entendendo a doutrina que cabe ao autor a *discrição* quanto à formação, ou não, do *litisconsórcio*.

O que o art. 47 estatui, ao referir-se a *litisconsórcio necessário*, no caso de *litisconsórcio unitário*, é que, formado, não pode ser desfeito; não se aplicando o disposto no respectivo parágrafo único.

Depreende-se daí, portanto, que a unitariedade torna necessária a unicidade da relação jurídica processual: se formado o *litisconsórcio*, esse há de ser necessariamente mantido.

Esses conceitos, de *necessidade* e de *facultatividade*, têm pertinência, repise-se, com a manutenção do *litisconsórcio*, sendo, pois, distintos dos de *litisconsórcio necessário* e *facultativo* em termos da respectiva *formação*.

Há, destarte, *litisconsórcios necessários* na sua formação, que não são unitários, já que não conduzem à uniformidade decisória. Por seu turno, há *litisconsórcios facultativos* na sua formação, mas que, se formados, como são unitários e, assim, hão de ser necessariamente mantidos.

O *litisconsórcio ativo unitário não necessário*, do tipo que existe entre tais funcionários, tem importante reflexo na eficácia da sentença. A respeito, doutrina José Carlos Barbosa Moreira:

Ora, a índole facultativa desse *litisconsórcio* enseja a instauração de processos sucessivos, mediante a propositura de ações autônomas, com identidade de fundamento e de objeto, por dois ou mais colegitimados. É claríssimo, porém, que as mesmas razões de lógica jurídica pelas quais, na hipótese de impugnações simultâneas, só pode ocorrer o acolhimento de todas ou a rejeição de todas, igualmente se opõem a que, no caso de sucessividade, tenham sortes diferentes as várias impugnações. Se, no âmbito de um mesmo processo, o resultado há de ser homogêneo, os motivos dessa necessária homogeneidade evidentemente prevalecem ainda quando prefiram os interessados agir cada qual de per si.

Mas um único meio existe de assegurar a uniformidade da solução na hipótese de serem sucessivos os processos: é vincular ao pronunciamento emitido no primeiro deles, transitado em julgado, os juizes dos eventuais processos subsequentes. Em outras palavras: ampliar a estes a autoridade da coisa julgada que naquele se constitui, em ordem a afastar, pela proibição do reexame, a possibilidade de decisões contraditórias.

Não o diz expressamente, é certo, o art. 90. Mas não há outro entendimento que com ele logicamente se compadeça. A necessidade, a que ali se alude, de decisão uniforme no processo *litisconsorcial* (mesmo facultativamente *litisconsorcial*) postula a extensão, a todos os *litisconsortes* potenciais, da ‘*res iudicata*’ formada no processo que um só dos colegitimados instaurou.

Wellington Moreira Pimentel⁵⁹⁰ acentua que “uma coisa são os efeitos da sentença. Estes, ao contrário do que se diz no texto do art. 472, em flagrante desarmonia com o sistema do Código, podem atingir a esfera jurídica de terceiros”; e lembra “a doutrina dos efeitos reflexos dos atos jurídicos, desenvolvida por Rudolph Von Ihering”; as “diversas categorias de terceiros frente à coisa julgada de que se ocupou Emílio Betti”; e “a construção Carnelutiana sobre a eficácia reflexa da coisa julgada”. Assinala, ainda, que “a sentença, como ato de vontade do Estado e, portanto, como comando, produz efeito, isto é, modificações no mundo jurídico”, os quais alcançam os titulares da relação jurídica deduzida em juízo, como também a terceiros.

In casu, não se trata de terceiros, mas de copartícipes, não só da situação jurídica de direito substantivo, como podem sê-lo daquela de direito adjetivo; ou, em outras palavras, da relação jurídica “Estado – servidores”, quer na ordem *jus-material*, quer na ordem *jus-processual*.

Não se cuida, pois, de mera ‘extensão’ administrativa da coisa julgada, submetida à “discricionabilidade” e ao “juízo de oportunidade” do administrador; porquanto foi esse, sujeito passivo material em relação ao(s) comparecente(s) e aos não comparecente(s), alcançado pela imutabilidade e pela obrigatoriedade do mandamento contido no *decisum*, por si só envolvente do efeito declaratório, da ordem, do comando, e do efeito de cumprimento, todos próprios das sentenças mandamentais.

Referências

- ABREU, Leitão de. *A Validade da Ordem Jurídica*. Porto Alegre: Globo, 1964, p. 162-163.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Rio, 1980, p. 15.
- BRAGA, Leopoldo. *As Garantias do Ato Jurídico Perfeito a do Direito Adquirido na Aposentadoria Funcional*. Rio de Janeiro: Edição do Autor, 1978.
- BRAGA, Leopoldo. *As Garantias do Ato Jurídico Perfeito a do Direito Adquirido na Aposentadoria Funcional*. *Op. cit.*, p. 132.
- DUGUIT, Leon. *Traité de Droit Constitutionnel*. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cia, t. I, 1927, p. 311 e 328.
- FEREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito Constitucional Comparado: o poder constituinte*, 1974. T. I, 1974, p. 123 e ss.
- FERRARA, Francesco. *Trattato di Diritto Civile Italiano*. Roma: Athenaeum, 1921, p. 257 e 267.
- FERREIRA, Sérgio de Andrea. *Comentários à Constituição*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991, p. 425-427.
- GABBA, Carlos Francesco. *Teoria della Retroattività delle Leggi*. 3. ed., Turim: UTET, 1891- 1898.
- GONÇALVES, Luis da Cunha. *Tratado de Direito Civil*. Coimbra: Coimbra, 1929, v. I, p. 345 e ss.
- GUIMARÃES, Luiz Machado. *Estudo de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1969, p. 9 e ss.
- HORTA, Raul. *Constituição e Direito Adquirido*. *Revista Trimestral de Direito Público*. v. 1, 1973, p. 59.
- LACERDA, Paulo. *Manual do Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Rio, v. I - Introdução e Parte Primeira, 1918, p. 104.
- PIMENTEL, Wellington Moreira. *Comentários ao CPC*. São Paulo: RT, v. III, 1975, p. 578 e ss.

⁵⁹⁰ PIMENTEL, Wellington Moreira. *Comentários ao CPC*. São Paulo: RT, v. III, 1975, p. 578 e ss.

SILVA, Almiro do Couto e. Princípio da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. *Revista de Direito Público*. n. 84, out./dez., 1987, p. 46 e ss.

TÁCITO, Caio. Natureza Estatutária da Função Pública. *Revista de Direito Administrativo*. v. 35, 1954, p. 54 e ss.

ZANCANER, Weida. *Da Consolidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*. São Paulo: Malheiros, 1990.

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

FERREIRA, Sérgio de Andréa. Existe direito adquirido a regime jurídico funcional? In: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). Problemas emergentes da Administração Pública. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. *Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 225-239.

ASPECTOS GERAIS DA LEI Nº 12.587, DE 03 DE JANEIRO DE 2012

SILVIO LUÍS FERREIRA DA ROCHA

1 Considerações gerais

Podemos definir Mobilidade Urbana como a capacidade de deslocamentos de pessoas e cargas no espaço urbano. A mobilidade urbana constitui um problema contemporâneo comum às cidades, cujo principal desafio é garantir os deslocamentos de pessoas e cargas no espaço urbano com eficiência, segurança e equidade.

A eficiência é uma qualidade da mobilidade que permite os deslocamentos rápidos de pessoas e cargas, a um custo acessível. Cuida-se de um dos maiores desafios das cidades, porque hoje há uma demora maior do que aquela desejada ou aceitável no deslocamento de pessoas e cargas.

A segurança é uma qualidade da mobilidade que permite deslocamentos seguros. A segurança envolve o tráfego, os condutores, os conduzidos e as respectivas cargas transportadas. Visa a prevenir acidentes de trânsito.

A equidade é uma qualidade da mobilidade que permite deslocamentos iguais entre os diversos habitantes da cidade, de modo que não deve haver privilégios no sistema viário e no sistema de transportes que não estejam, previamente, amparados em fatores discriminantes aceitos pelo ordenamento jurídico. Não é o que se observa nos grandes centros urbanos, pois, normalmente neles, os bairros periféricos mais populosos são os que possuem uma malha de circulação deficitária que termina por onerar com a demora no deslocamento as pessoas que neles moram ou trabalham.

Para tentar equacionar, da melhor maneira possível, os problemas decorrentes da imobilidade urbana veio à luz a Lei nº 12.587, de 03 de janeiro de 2012, editada com fundamento no inciso XX do artigo 21 da Constituição Federal, que instituiu as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana com o propósito de integrar os diferentes modos de transporte e melhorar a acessibilidade e a mobilidade das pessoas e cargas no território do município.

2 Sistema de Mobilidade Urbana

A referida lei organiza de forma racional os diversos modos de transporte, de serviços e de infraestruturas de modo a criar um Sistema de Mobilidade Urbana eficiente, seguro e justo. Temos aqui uma tendência moderna de recorrer à atividade de planejamento e de organização para combinar e coordenar bens, serviços e obras e, assim, criar um sistema que melhore a mobilidade urbana.

Integram o Sistema de Mobilidade Urbana: (I) as vias e demais logradouros públicos, inclusive metroferrovias, hidrovias e ciclovias; (II) os estacionamentos; (III) os terminais, estações e demais conexões; (IV) os pontos para embarque e desembarque de passageiros e cargas; (V) a sinalização viária e de trânsito; (VI) os equipamentos e instalações; e (VII) os instrumentos de controle, fiscalização, arrecadação de taxas e tarifas e difusão de informações, que, como dito, devidamente articulado permitem e melhoram o transporte urbano.

A afetação das vias e demais logradouros públicos ao Sistema de mobilidade urbana significa a passagem da categoria de um bem de uso comum para o bem de uso especial e, com isso, sua submissão a um regime prévio de condicionantes como aquelas descritas no artigo 23 e seus incisos. Assim, os entes federativos poderão utilizar, dentre outros instrumentos de gestão do sistema de transporte e da mobilidade urbana: (I) a **restrição** e o **controle de acesso e circulação**, permanente ou temporário, de veículos motorizados em locais e horários predeterminados; (II) a estipulação de padrões de emissão de poluentes para locais e horários determinados, podendo condicionar o acesso e a circulação aos espaços urbanos sob controle; (III) a **aplicação de tributos sobre modos e serviços de transporte urbano pela utilização da infraestrutura urbana, visando a desestimular o uso de determinados modos e serviços de mobilidade**, vinculando-se a receita à aplicação exclusiva em infraestrutura urbana destinada ao transporte público coletivo e ao transporte não motorizado e no financiamento do subsídio público da tarifa de transporte público, na forma da lei; (IV) a **dedicação de espaço exclusivo nas vias públicas para os serviços de transporte público coletivo e modos de transporte não motorizados**; (V) o estabelecimento da política de estacionamentos de uso público e privado, com e sem pagamento pela sua utilização, como parte integrante da Política Nacional de Mobilidade Urbana; (VI) o **controle do uso e operação da infraestrutura viária destinada à circulação e à operação do transporte de carga, concedendo prioridades ou restrições**; (VII) o **monitoramento e o controle das emissões dos gases de efeito local e de efeito estufa dos modos de transporte motorizado, facultando a restrição de acesso a determinadas vias em razão da criticidade dos índices de emissões de poluição**.

3 Diretrizes e objetivos da Política Nacional de Mobilidade Urbana

As principais Diretrizes do Sistema de Mobilidade Urbana consistem em priorizar os modos de transportes não motorizados sobre os motorizados e dos serviços de transporte público coletivo sobre o transporte individual motorizado; integrar os modos e os serviços de transporte urbano; mitigar os custos ambientais, sociais e econômicos dos deslocamentos de pessoas e cargas na cidade; incentivar o desenvolvimento científico-tecnológico e o uso de energias renováveis e menos poluentes; priorizar os projetos de transporte público coletivo estruturadores do território e indutores

do desenvolvimento urbano integrado, tudo com o fim de alcançar, entre os seus principais objetivos, a redução das desigualdades; a promoção da inclusão social e o acesso aos serviços básicos e equipamentos sociais; proporcionar melhoria nas condições urbanas da população no que se refere à acessibilidade e à mobilidade; a promoção do desenvolvimento sustentável com a mitigação dos custos ambientais e socioeconômicos dos deslocamentos de pessoas e cargas nas cidades; e a consolidação da gestão democrática como instrumento e garantia da construção contínua do aprimoramento da mobilidade urbana.

Dentre as diretrizes do sistema de mobilidade urbana, como visto, podemos citar a priorização do transporte público coletivo sobre o transporte individual motorizado. A citada lei define o transporte público coletivo como o serviço público de transporte de passageiros acessível a toda a população mediante pagamento individualizado, com itinerários e preços fixados pelo poder público.

4 A gestão do serviço de transporte público coletivo

O serviço de transporte público coletivo será prestado pelo Município ou a seu critério mediante a contratação de terceiro pela celebração de concessão ou permissão precedida de licitação, observadas diretrizes, como: (I) a fixação de **metas de qualidade e desempenho** a serem atingidas e seus instrumentos de controle e de avaliação; (II) a definição dos incentivos e das penalidades aplicáveis vinculadas à consecução ou não das metas; (III) a identificação de eventuais fontes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, bem como da parcela destinada à modicidade tarifária.

A competência do município insere-se nos limites de sua circunscrição territorial. O problema surge com relação aos serviços públicos de transporte de caráter intermunicipal e interlocal, o que pode suscitar a dúvida se não deveria ser criada uma gestão associada dos serviços de transporte coletivo. De fato, parece-nos que o serviço comum de transporte público de caráter interlocal reclama uma gestão intermunicipal que pode ser viabilizada por meio de instrumentos consensuais de cooperação, tais como consórcios públicos ou convênios de cooperação.

5 Remuneração

Indaga-se se a tarifa zero é uma alternativa juridicamente viável e eficiente para resolver o problema do transporte coletivo urbano.

Segundo diretrizes da lei de mobilidade urbana, a remuneração da prestação do serviço de transporte público coletivo deve ser constituída pelo preço público cobrado do usuário pelos serviços somado à receita oriunda de outras fontes de custeio, de forma a cobrir os reais custos do serviço prestado ao usuário por operador público ou privado, além da remuneração do prestador. A tarifa de remuneração da prestação de serviço de transporte público coletivo resulta do processo licitatório da outorga do poder público.

A política tarifária do serviço de transporte coletivo observará: (I) a **promoção da equidade** no acesso aos serviços; (II) a **contribuição dos beneficiários diretos e indiretos para custeio da operação dos serviços**; (III) a simplicidade na compreensão, transparência da estrutura tarifária para o usuário e publicidade do processo de

revisão; (IV) a **modicidade da tarifa para o usuário**; (V) a **integração física, tarifária e operacional dos diferentes modos e das redes de transporte público e privado nas cidades**; (VI) a articulação interinstitucional dos órgãos gestores dos entes federativos por meio de consórcios públicos.

O Poder Público pode optar pelo subsídio tarifário, que, então, deverá ser coberto por receitas extratarifárias, receitas alternativas, subsídios orçamentários, subsídios cruzados intrasetoriais e intersetoriais provenientes de outras categorias de beneficiários dos serviços de transporte, dentre outras fontes, instituídos pelo poder público delegante. Qualquer subsídio tarifário ao custeio da operação do transporte público coletivo deverá ser definido em contrato, com base em critérios transparentes e objetivos de produtividade e eficiência, especificando, minimamente, o objetivo, a fonte, a periodicidade e o beneficiário, conforme o estabelecido nos arts. 8º e 9º da referida Lei.

6 Usuários

Os usuários do sistema de transporte público coletivo também foram contemplados no referido diploma legal. São direitos dos usuários do Sistema Nacional de Mobilidade Urbana, sem prejuízo dos previstos nas **Leis nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, e 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**: (I) receber o serviço adequado, nos termos do **art. 6º da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**; (II) participar do planejamento, da fiscalização e da avaliação da política local de mobilidade urbana. A participação da sociedade civil no planejamento, fiscalização e avaliação da Política Nacional de Mobilidade Urbana deverá ser assegurada por órgãos colegiados com a participação de representantes do Poder Executivo, da sociedade civil e dos operadores dos serviços; por ouvidorias nas instituições responsáveis pela gestão do Sistema Nacional de Mobilidade Urbana ou nos órgãos com atribuições análogas; por audiências e consultas públicas; e por procedimentos sistemáticos de comunicação, de avaliação da satisfação dos cidadãos e dos usuários e de prestação de contas públicas; (III) ser informado nos pontos de embarque e desembarque de passageiros, de forma gratuita e acessível, sobre itinerários, horários, tarifas dos serviços e modos de interação com outros modais; e sobre: seus direitos e responsabilidades; os direitos e obrigações dos operadores dos serviços; e os padrões preestabelecidos de qualidade e quantidade dos serviços ofertados, bem como os meios para reclamações e respectivos prazos de resposta.

7 Planejamento

O principal instrumento de efetivação da Política Nacional de Mobilidade Urbana é o planejamento, pois os municípios com mais de 20.000 (vinte mil) habitantes devem aprovar um Plano de Mobilidade Urbana que esteja integrado ao Plano Diretor Municipal se não quiserem ser privados dos recursos orçamentários federais destinados à mobilidade urbana.

8 Conclusão

A fim de contribuir para uma melhoria da capacidade da mobilidade urbana a União, com base em sua competência para instituir diretrizes, promulgou as diretrizes

da Política Nacional de Mobilidade Urbana com o propósito de integrar os diferentes modos de transporte e criou um Sistema de Mobilidade Urbana que prioriza os serviços de transporte público coletivo, que deverão ser prestados pelos municípios nos respectivos territórios ou por consórcios públicos ou convênios de cooperação nos serviços de transporte público coletivo interlocal, remunerados, preferencialmente, por preço público módico cobrado do usuário, que poderá ser subsidiado.

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

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. Aspectos gerais da Lei nº 12.587, de 03 de janeiro de 2012. *In*: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). Problemas emergentes da Administração Pública. *In*: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. *Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. xx-xx.

STF JULGOU CONSTITUCIONAL A LEI Nº 9.637/98 DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA ADIN 1.923-5-DF

TARSO CABRAL VIOLIN

“Reputo, em termos de higidez do Direito Público e da coisa pública, este julgamento como o mais importante a ocorrer no âmbito do Supremo”.

Marco Aurélio Mello

1 Histórico das Organizações Sociais no Brasil

Em 1995, o Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado - MARE, comandado pelo ministro Luiz Carlos Bresser-Pereira, elaborou o “Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado”, aprovado pela Câmara da Reforma do Estado e publicado pela Presidência da República, cujo Chefe do Poder Executivo era o ex-presidente Fernando Henrique Cardoso (PSDB). Esse documento serviu de base teórica para a posterior reforma administrativa implementada pela Emenda Constitucional nº 19/98 e por normas infraconstitucionais.

Entre outras disposições, o PDRAE defendeu que os serviços não exclusivos do Estado fossem repassados para as entidades privadas sem fins lucrativos, do “setor público não estatal”, o chamado “Terceiro Setor”. As autarquias e fundações estatais seriam extintas e suas atividades realizadas pelas Organizações Sociais, ou as entidades estatais seriam mantidas, mas com sua gestão repassada para as OSs, com o Estado transformando-se em apenas regulador na área social, e não prestador de serviços públicos sociais, o que chamavam de “publicização”.⁵⁹¹

⁵⁹¹ Gustavo Justino de Oliveira entende que a origem das OSs no Brasil se deu com o presidente Fernando Collor de Mello (PRN), com a extinção da Fundação das Pioneiras Sociais e o repasse de suas atividades para o Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais (que administra o Hospital Sarah Kubitschek), por meio de contrato de gestão (Lei nº 8.246/91). JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo. Constitucionalidade da Lei Federal nº 9.637/98, das Organizações Sociais. In: *Revista De Direito do Terceiro Setor*, ano 1, n. 1, jan./jun. 2007. Belo Horizonte: Fórum, pp. 177-210, p. 182.

Começava, segundo o Plano, um “importante processo” de “descentralização para o setor público não estatal da execução de serviços que não envolvem o exercício do poder de Estado, mas devem ser subsidiados pelo Estado, como é o caso dos serviços de educação, saúde, cultura e pesquisa científica”, o que era chamado de “publicização”, no qual “transfere-se para o setor público não estatal a produção dos serviços competitivos ou não exclusivos do Estado, estabelecendo-se um sistema de parceria entre Estado e sociedade para seu financiamento e controle. Desse modo, o **Estado abandona o papel de executor ou prestador direto de serviços**, mantendo-se, entretanto, no papel de regulador e de provedor ou promotor destes, principalmente dos serviços sociais como educação e saúde”. Para o Plano, na “**transformação** dos serviços não exclusivos estatais em organizações sociais (...) terão prioridade os **hospitais, as universidades e escolas técnicas, os centros de pesquisa, as bibliotecas e os museus**”. O Plano foi explícito ao dizer que para o setor não exclusivo a propriedade ideal é a pública não estatal, com a proposta de transferir para esse setor esses serviços, “**transformando** fundações públicas em organizações sociais”.⁵⁹² (Grifos nossos.)

Com o intuito de implementar o que o governo chamava de “publicização”, foi editada a Medida Provisória nº 1.591, de 9 de outubro de 1997, que dispunha sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção do Laboratório Nacional de Luz Síncrotron e da Fundação Roquette Pinto e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dava outras providências, reeditada com os números 1.591-1, 1.591-2, 1.591-3, 1.591-4, 1.591-5, 1.648-6 e 1.648-7, até que essa foi convertida na Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998.

A Lei nº 9.637/98 criou, no âmbito federal, a qualificação “organização social”, que poderá ser concedida pelo Poder Executivo Federal às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, que atuem na área do ensino, da pesquisa científica, do desenvolvimento tecnológico, da proteção e da preservação do meio ambiente, da cultura e da saúde.

As organizações sociais e a transformação de entidades estatais como universidades, escolas técnicas, museus, hospitais e centros de pesquisa em OSs é “um dos projetos mais importantes do governo Fernando Henrique”, segundo Bresser-Pereira alardeava na época.

As organizações sociais foram criadas sob a influência do ideário neoliberal-gerencial, baseadas nas *quangos* do Reino Unido e difundidas no Governo da Primeira Ministra Margaret Thatcher (1979-1990). São qualificações concedidas pelo Poder Público à entidades privadas sem fins lucrativos como associações ou fundações de interesse público, que prestarão serviços não exclusivos do Estado, os chamados serviços sociais, como educação, saúde, assistência social, cultura, entre outros.

O diagrama do MARE é didático sobre como seria essa “publicização”, com a extinção de universidades, museus e hospitais e a absorção de suas atividades por OSs, após a qualificação e a celebração do contrato de gestão:

⁵⁹² Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995, p. 17, 18, 55, 58 e 74.



Fonte: SECRETARIA DA REFORMA DO ESTADO.⁵⁹³

As OSs não precisam realizar concurso público para a contratação dos seus trabalhadores, que não serão servidores estatutários, mas sim, celetistas. Segundo o MARE, “o regime jurídico dos empregados de uma Organização Social é o estabelecido na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. As contratações serão feitas de acordo com critérios de mercado, assim como os desligamentos, o que torna o processo de recrutamento de recursos humanos muito mais ágil”.⁵⁹⁴ Os servidores estatutários dos órgãos e entidades da Administração Pública privatizados, em regra, não são demitidos, “a diferença é que eles passam a compor um quadro em extinção vinculado ao Ministério na área de atuação da Organização Social e são cedidos para permanecerem trabalhando na entidade qualificada”.⁵⁹⁵

A outorga de títulos, qualificações ou certificações jurídicas a entidades do chamado “terceiro setor” propicia o estabelecimento de um regime jurídico diferenciado do regime das pessoas jurídicas sem qualquer título.

Para ser qualificada a entidade deve ter um Conselho de Administração composto por representantes do Poder Público (20% a 40% da sua composição).

Mesmo atendidos os requisitos, a autoridade competente do Poder Público decidirá de forma discricionária, segundo seus critérios de oportunidade e conveniência, se qualificará a entidade como Organização Social.

Poucas organizações sociais foram instituídas e qualificadas no âmbito federal na época de FHC: Centro Nacional de Pesquisas em Energia e Materiais/Associação

⁵⁹³ SECRETARIA DA REFORMA DO ESTADO. *Organizações Sociais*. Brasília: Ministério da Administração e Reforma do Estado, Cadernos MARE da reforma do estado, v. 2, 1997, p. 18.

⁵⁹⁴ Reforma Gerencial, *Revista do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado*, nº 1, maio/98, p. 15.

⁵⁹⁵ Reforma Gerencial, *Revista do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado*, nº 1, maio/98, p. 16.

Brasileira de Tecnologia de Luz Síncrotron – CNPEM/ABTLuS (Decreto nº 2.405/97), Associação de Comunicação Educativa Roquette Pinto – ACERP (Decreto nº 2.442/1997), Biodiversidade da Amazônia – BIOAMAZÔNIA (Decreto Federal em 18.03.1999); Instituto de Desenvolvimento Sustentável Mamirauá – IDS-M-OS (Decreto de 04.06.99), Associação Instituto Nacional de Matemática Pura e Aplicada - IMPA-OS (Decreto nº 3.605/2000), Centro de Gestão e Estudos Estratégicos - CGEE (Decreto nº 4.078/2002); e Associação Rede Nacional de Ensino e Pesquisa - RNP (Decreto nº 4.077/2002).⁵⁹⁶ Luiz Inácio Lula da Silva (PT) não se utilizou do instituto em seu governo. No governo da presidenta Dilma Rousseff (PT) ainda foi criada a Associação Brasileira de Pesquisa e Inovação Industrial - EMBRAPPII (Decreto de 02.09.2013).⁵⁹⁷

2 O julgamento pelo STF da ADIn nº 1.923-5-DF

Contra a Lei nº 9.637/98 foi impetrada no mesmo ano de sua edição a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923-5-DF pelo Partido dos Trabalhadores (PT) e pelo Partido Trabalhista Brasileiro (PDT). Além disso, foi proposta a ADIn nº 1.943-DF pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), com andamento sobrestado até o julgamento da ADIn nº 1.923.

No julgamento da Medida Cautelar, o Ministro Relator Ilmar Galvão votou pela constitucionalidade da Lei e pelo indeferimento da liminar, sejam as OSs entidades da Administração Pública indireta ou entidades privadas de interesse social e de utilidade pública. O Ministro Sepúlveda Pertence acompanhou o Relator. Também acompanharam o Relator, com relação ao art. 1º da Lei nº 9.637/98, os Ministros Néri da Silveira e Moreira Alves. O Ministro Nelson Jobim solicitou vista dos autos em 1999 e proferiu seu voto-vista apenas em 2006, seguindo o Relator.

Em 2007, o Ministro Eros Grau, em magnífico voto-vista, deixou clara a opinião pela inconstitucionalidade das organizações sociais:

- a) a Lei das OSs “na crista do chamado neoliberalismo, instrumenta a redução do tamanho do Estado, na redefinição do seu papel” e “o legislador teria sido inspirado por uma ‘vontade de reformar o Estado’”, o que para ele “são incompatíveis com a Constituição do Brasil”, segundo os arts. 1º, 3º e 170 da Constituição (construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantia do desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza e da marginalização, redução das desigualdades sociais e regionais, promoção do bem de todos, soberania, cidadania, valor social do trabalho, valor social da livre iniciativa e realização da justiça social);
- b) é inconstitucional prever a destinação de recursos públicos e cessão de bens e servidores públicos às OSs sem licitação, o que fere o art. 37, XXI, da Constituição e o princípio da isonomia (art. 5º). Chamou de “inconstitucionalidade chapada”;
- c) quando a lei trata de parcerias e publicização está tratando claramente de privatização de dever-poder do Estado. O Ministro pergunta até se o termo

⁵⁹⁶ Se pretendia que as atividades da Fundação Escola Nacional de Administração – ENAP (Brasília) e do Instituto Nacional do Câncer – INCA (Rio de Janeiro) também fossem absorvidas por OSs (Reforma Gerencial, *Revista do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado*, nº 1, maio/98, p. 14), o que acabou não se concretizando.

⁵⁹⁷ Vários estados da federação e municípios criaram leis de organizações sociais em seus âmbitos, principalmente nas áreas de saúde, cultura, tecnologia da informação e comunicação e educação.

publicização foi utilizado com sarcasmo, pois é na verdade privatização das funções do Estado, e dessas funções não se pode demitir o Estado sem agressão à Constituição (1º, 3º, 215, 218 e 225).⁵⁹⁸

Mas Eros Grau acabou retificando seu voto, pelo indeferimento da liminar, em decorrência dos quase nove anos entre a Lei e seu voto, para decidir pelo mérito oportunamente.

O Ministro Ricardo Lewandowski votou próximo do primeiro voto de Eros Grau, no sentido de que os mecanismos das OSs se prestam a “escamotear” e a “fugir” do regime de Direito Público, pelo deferimento parcial da cautelar, acompanhado pelos Ministros Joaquim Barbosa e Marco Aurélio Mello. O Ministro Gilmar Mendes votou pela constitucionalidade das Organizações Sociais, acompanhado pelos Ministros César Peluso e Ellen Gracie.

A decisão na Medida Cautelar foi a seguinte:

O Tribunal, por maioria de votos, indeferiu a cautelar, vencidos o Senhor Ministro Joaquim Barbosa, que deferia a cautelar para suspender a eficácia dos artigos 5º, 11 a 15 e 20 da Lei nº 9.637/98, e do inciso XXIV do artigo 24 da Lei nº 8.666/93, com a redação dada pelo artigo 1º da Lei nº 9.648/98; o Senhor Ministro Marco Aurélio, que também deferia a cautelar para suspender os efeitos dos artigos 1º, 5º, 11 a 15, 17 e 20 da Lei nº 9.637/98, bem como do inciso XXIV do artigo 24 da Lei nº 8.666/93, na redação do artigo 1º da Lei nº 9.648/98; e o Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, que deferia a cautelar somente com relação ao inciso XXIV do artigo 24 da Lei nº 8.666/93, na redação do artigo 1º da Lei nº 9.648/98. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Reformulou o voto proferido anteriormente o Senhor Ministro Eros Grau, que lavrará o acórdão. Com relação ao artigo 1º da Lei nº 9.637/98, os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence e Néri da Silveira acompanhavam o Relator somente em relação à prestação dos serviços de saúde. Os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes não votaram relativamente ao artigo 1º da Lei nº 9.637/98 por sucederem aos Senhores Ministros Moreira Alves e Néri da Silveira que já haviam votado quanto a esse artigo. Não participaram do julgamento a Senhora Ministra Cármen Lúcia e o Senhor Ministro Carlos Britto por sucederem, respectivamente, aos Senhores Ministros Nelson Jobim e Ilmar Galvão (Relator). (Plenário, 01.08.2007.)

No mérito, a Advocacia-Geral da União (AGU) opinou pela constitucionalidade da Lei e o Ministério Público Federal pela inconstitucionalidade.

Em 2011, o relator Carlos Ayres Britto disse em seu voto que quando

órgãos e entidades públicos são extintos ou desativados e repassados todos os seus bens à gestão das organizações sociais, assim como servidores e recursos orçamentários são igualmente repassados a tais aparelhos ou instituições do setor privado. É fácil notar, então, que se trata mesmo é de um programa de **privatização**. Privatização, cuja **inconstitucionalidade**, para mim, é **manifesta**.⁵⁹⁹ (Grifos nossos.)

⁵⁹⁸ Maria Sylvia Zanella Di Pietro ensina que as parcerias, em sentido amplo, designam todas as formas de sociedade que, sem formar uma nova pessoa jurídica, são organizadas entre os setores público e privado, para consecução de fins de interesse público que a Administração Pública firma com a iniciativa privada, são consideradas como “privatização em sentido amplo”. E entre as formas de privatização estão os contratos de gestão celebrados entre a Administração Pública e as OSs. Portanto, a autora não concorda com o termo “publicização”. DI PIETRO. *Parcerias na administração*, p. 17-20, 34.

⁵⁹⁹ STF. Ministro Relator Carlos Ayres Britto. ADI 1923. Voto em 31.03.2011.

Para ele, o que faz a Lei das OSs

é estabelecer um mecanismo pelo qual o Estado pode transferir para a iniciativa privada toda a prestação de serviços públicos de saúde, educação, meio ambiente, cultura, ciência e tecnologia. A iniciativa privada a substituir o Poder Público, e não simplesmente a complementar a performance estatal. É dizer, o Estado a, globalmente, terceirizar funções que lhe são típicas. O que me parece **juridicamente aberrante**, pois não se pode forçar o Estado a desaprender o fazimento daquilo que é da sua própria compostura operacional: a prestação de serviços públicos.⁶⁰⁰ (Grifos nossos.)

Ayres Britto entende que o problema não é repassar verbas públicas para particulares, nem utilizar do regime privado de compras e contratações. Para ele, o problema é que o Estado “ficou autorizado a abdicar da prestação de serviços de que, constitucionalmente, não pode se demitir”. Diz expressamente que não podem as OSs absorverem atividades desenvolvidas pelo Estado: “A se ter como válida a mencionada ‘absorção’, nada impediria que, num curto espaço de tempo, deixássemos de ter estabelecimentos oficiais de ensino, serviços públicos de saúde, etc”. Deixa claro que “logo, o Estado passaria a exercer, nos serviços públicos, o mesmo papel que desempenha na atividade econômica: o de agente indutor, fiscalizador e regulador, **em frontal descompasso** com a vontade objetiva da Constituição Federal”. (Grifos nossos.)

Carlos Ayres votou no sentido de que a OS pode apenas ser fomentada pelo Estado, e que nesse caso o contrato de gestão seria um convênio, que deveria ser precedido de processo administrativo (não licitação) que justifique o fomento e que observe os princípios constitucionais da publicidade, da moralidade, da eficiência e garanta uma escolha objetiva e pública para a qualificação, e para a escolha da entidade para a celebração do contrato de gestão. Considerou, ainda, inconstitucional, a qualificação ser feita por decisão discricionária do Poder Público. No seu voto oral o Ministro ainda concluiu: “tiro do sujeito sua essência e o que sobra é um não sujeito, um nada jurídico”. Portanto, votou pela constitucionalidade parcial da Lei das OSs, no sentido de que elas poderiam ser fomentadas pelo Estado, mas não absorverem suas atividades.

Luiz Fux, também em 2011, votou pela possibilidade de delegação via OS, pois mesmo quando as organizações assumem uma estrutura pública, isso é apenas fomento, votando pela constitucionalidade quase que total da Lei. Apenas votou pela interpretação conforme da Constituição no sentido de que a qualificação das entidades como OS, a celebração dos contratos de gestão, as dispensas de licitação com OS, os gastos com dinheiro público das OSs e a contratação de pessoal pelas OSs, sejam realizadas com procedimentos conduzidos de forma objetiva, pública e impessoal.

Marco Aurélio Mello pediu vista e veio a votar em 2015, deixando clara a importância do tema: “reputo, em termos de higidez do Direito Público e da coisa pública, este julgamento como o mais importante a ocorrer no âmbito do Supremo”.

Deixou claro que:

O Brasil adotou a República como forma de Estado (artigo 1º). O princípio republicano opõe-se ao monárquico, segundo o qual a coisa pública está à disposição do soberano, a quem cumpre definir como deve ser gerida. Daí por que a distribuição de terras, dinheiro e

⁶⁰⁰ *Idem.*

sinecuras ocorre ao sabor da vontade do titular do poder. Esses elementos, contudo, ficam afastados no Estado republicano, no qual as regras de acesso aos bens e cargos públicos obedecem a critérios de racionalidade, isonomia, impessoalidade e publicidade.⁶⁰¹

Segundo o Ministro, o princípio republicano impede escolhas arbitrárias ou caprichosas, sem negar a possibilidade de interpretação, de perquirir o melhor interesse público na realidade concreta e dinâmica, mas com limites a essa liberdade, fixados pelo quadro normativo-constitucional: “O Parlamento, a pretexto de regulamentar a atividade administrativa, não pode alterar o modelo de Estado previsto na Carta da República”.

Para Marco Aurélio, a Constituição impõe ao Estado, expressamente, o dever de atuar em áreas mais relevantes, sem margem para escolhas discricionárias do legislador e do administrador, ressaltando a atuação do Estado na saúde, na educação, na cultura, no desenvolvimento científico, na pesquisa, na capacitação tecnológica e no meio ambiente:

A modelagem estabelecida pelo Texto Constitucional para a execução de serviços públicos sociais (...) **não prescinde de atuação direta do Estado**, de maneira que são **incompatíveis** com a Carta da República leis e programas de governo que emprestem ao **Estado papel meramente indutor** nessas áreas, consideradas de grande relevância social”.⁶⁰² (Grifos nossos.)

Considera “a extinção sistemática de órgãos e entidades públicos que prestam serviços públicos de realce social, com a absorção da respectiva estrutura pela iniciativa privada, (...) configura privatização que ultrapassa as fronteiras permitidas pela Carta de 1988”, deixando claro que “o **Estado não pode simplesmente se eximir** da execução direta de atividades relacionadas à saúde, educação, pesquisa, cultura, proteção e defesa do meio ambiente por meio da celebração de ‘parcerias’ com o setor privado”. (Grifos nossos.)

Também manifesta-se pela impossibilidade do legislador ter ampla disponibilidade para instituir casos de dispensa de licitação, o que afronta o art. 37, II, da Constituição, o princípio republicano e os princípios da isonomia e da impessoalidade, citando Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, e conclui: “o modelo de parcerias da Lei nº 9.637/98 (...) foi concebido com o notório propósito de burlar o regime jurídico público”, e a não realização por elas de concurso público e a escolha discricionária para a qualificação é drible às balizas constitucionais. Portanto, votou pela inconstitucionalidade de praticamente toda a Lei das Organizações Sociais.

O Ministro Teori Zavascki seguiu o Ministro Fux, aduzindo apenas em fomento e que isso não abdica da possibilidade de controle.

A Ministra Rosa Weber votou conforme o voto divergente do Ministro Marco Aurélio, questionando a substituição de atividades próprias do Estado, deveres do Estado, e viu com enorme dificuldade o que seria uma terceirização da atividade estatal, também citando Bandeira de Mello.

Cármen Lúcia Antunes Rocha informou que votava conforme o Ministro Fux, mas justificou dizendo que o Estado continua a prestar alguns serviços por particulares,

⁶⁰¹ STF. Ministro Marco Aurélio. ADI 1923. Voto em 15.04.2015.

⁶⁰² *Idem*.

como a Rede Sarah, citando em vários momentos o voto do Ministro Relator Carlos Ayres Britto, nos termos de que o Estado não pode se abdicar da prestação. E de que sendo fomento, é o contrato de gestão mais parecido com convênio. A Ministra em alguns momentos falou em prestação e outras em titularidade do Estado.

O Ministro Gilmar Mendes votou conforme o Ministro Luiz Fux e citou um caso de OSCIP – Organização da Sociedade Civil de Interesse Público. Entretanto, ressalte-se que Organização Social não é OSCIP, o que nos causou estranheza. O Ministro Celso de Mello e o Presidente do STF, o Ministro Ricardo Lewandowski, também acompanharam o Ministro Luiz Fux.

Os Ministros Dias Toffoli e Luís Roberto Barroso não votaram no presente processo, uma vez que Toffoli atuou como Advogado-Geral da União em determinada fase do processo e Barroso substituiu Ayres Britto, aposentado, que já havia votado como Relator.

Infelizmente, o andamento da ADIn em comento foi bastante confuso no âmbito do STF. Parece-nos que os votos dos Ministros Marco Aurélio Mello e Rosa Weber foram claros em consonância a autores como Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e vários outros juristas que sempre consideraram a privatização via organizações sociais como algo inconstitucional.

Assim como o Ministro Luiz Fux, com seu voto baseado na doutrina neoliberal-gerecencial, e os demais Ministros que o seguiram, Teori Zavascki, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, foram claros nas suas concepções jurídicas de Estado e de Constituição.

O que nos causou surpresa foi o Ministro Ricardo Lewandowski, Presidente da Corte, ter alterado totalmente sua posição com relação à decisão liminar para a de mérito. O que gerou perplexidade foi o Ministro Gilmar Mendes ter cometido um equívoco grave ao confundir OSs com OSCIPs.

O problema é que o voto do Ministro Relator, o constitucionalista Carlos Ayres Britto, ao iniciar seu voto deixou clara a posição pela inconstitucionalidade da privatização via OS, mas ao final e em suas conclusões apenas tratou das OSs como fomento e os contratos de gestão como convênios. Gerou incerteza entre os juristas sobre sua real posição. Sempre entendemos que o Ayres Britto descartou a possibilidade da utilização das OSs como substitutas de órgãos e entidades públicas, e que seria possível apenas fomentar entidades privadas qualificadas, de forma complementar.

A Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha seguiu o voto do Ministro Luiz Fux, mas citou em vários momentos o voto do Ministro Carlos Ayres Britto. Em determinada circunstância, citou posição de que o Estado deve continuar a prestar os serviços públicos sociais, mas que alguns serviços podem ser prestados por particulares, a título de fomento. Mas logo depois diz que o Estado com as OSs continuaria a ser titular do serviço. Isso gerou dúvida sobre qual seria a real posição da constitucionalista.

Os serviços sociais são serviços não privativos, ou seja, não é apenas o Estado o titular do serviço, ao contrário dos serviços privativos, em que o Estado é sempre o titular e pode repassar a prestação por meio de concessão ou permissão. Portanto, a Ministra entende que o Estado deve prestar ou poderia apenas regular?

A grande pergunta que fica, principalmente para o ex-Ministro Ayres Britto e para a Ministra Cármen Lúcia: é possível extinguir uma universidade pública e repassar todas as suas atribuições para uma associação ou fundação privada qualificada como

Organização Social? É possível que em uma cidade a gestão de todos os hospitais e unidades de saúde públicos sejam repassadas para OSs, sem a manutenção de nenhuma estrutura estatal? Parece-nos que a resposta dos constitucionalistas seria NÃO. Mas isso não foi discutido entre os Ministros.

Muitos fizeram a contagem de 7 (Ayres Britto, Luiz Fux, Teori Zavascki, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Lewandowski) a 2 (Marco Aurélio e Rosa Weber).

Contamos como 5 (Luiz Fux, Teori Zavascki, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Lewandowski) a 4 (Ayres Britto, Cármen Lúcia, Marco Aurélio e Rosa Weber).

Em fase das contradições existentes, é possível recorrer da decisão, assim como será possível discutir em cada caso concreto de privatização via OS se aquela prática é condizente com a interpretação da Lei por parte do Supremo.

Mesmo nos votos da maioria dos Ministros pela constitucionalidade, não fica claro se eles entendem que é possível o repasse total da gestão de uma entidade estatal para uma Organização Social.

3 Algumas considerações sobre as Organizações Sociais

Em mais de uma oportunidade manifestamo-nos pela inconstitucionalidade das Organizações Sociais.⁶⁰³

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é uma Constituição que almeja chegarmos ao Estado Social e Democrático de Direito, e qualquer tentativa por meio de lei de desviarmos desse caminho é inconstitucional.

Os serviços sociais (não exclusivos ou não privativos) como saúde, educação, cultura, etc., são serviços públicos que obrigatoriamente devem ter no Estado o seu principal executor direto, mas não com exclusividade.

A iniciativa privada pode complementar/suplementar os serviços sociais, de forma subsidiária, ao contrário das atividades econômicas, cuja iniciativa privada tem o papel principal na execução, segundo a Constituição.

Não é possível que o Estado repasse toda a gestão dos serviços sociais prestados por estruturas estatais ao chamado “terceiro setor”, seria uma terceirização de atividade-fim daquela estrutura, o que é uma burla ao concurso público. Além de precarizar a Administração Pública e ocasionar um retorno do Brasil ao patrimonialismo e fuga do regime jurídico-administrativo. Casos claros de privatização inconstitucional. Apenas a terceirização de atividades-meio são constitucionais, como serviços de limpeza, conservação, etc.

Também é uma burla à licitação e aos princípios da impessoalidade e da moralidade, pois órgãos e entidades que fazem licitação, ao serem privatizados via

⁶⁰³ Sobre o tema ver VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica*. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, no prelo. VIOLIN, Tarso Cabral. *Da Inconstitucionalidade Parcial das Organizações Sociais - OSs*. In: BLANCHET, Luiz Alberto, HACHEM, Daniel Wunder, SANTANO, Ana Cláudia. *Estado, Direito & Políticas Públicas: homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho*, 1. ed. Curitiba: Íthala, 2014, v. 1, p. 165-197; VIOLIN, Tarso Cabral. *Estado, Ordem Social e Privatização: as terceirizações ilícitas da Administração Pública por meio das Organizações Sociais, OSCIPs e demais entidades do “Terceiron Setor”*. In: FORTINI, Cristiana (Coord.). *Terceirização na Administração Pública: estudos em homenagem ao professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, pp. 123-135.

OS deixam de realizar os processos administrativos licitatórios constitucionalmente obrigatórios. Também é burla à licitação, porque quando qualificadas como OS, as entidades poderão celebrar contratos administrativos com entes públicos sem licitação.

Apenas a Lei é constitucional quando da possibilidade de fomento por parte do Estado junto às organizações sociais, mas sempre levando-se em consideração que é o Estado o ator principal na prestação dos serviços sociais. No caso de fomento, o contrato de gestão com OS é permitido, o qual seria um convênio, mas precedido de procedimento de seleção entre as entidades interessadas. Se utilizado para delegação também é inconstitucional, pois fere a obrigatoriedade de licitação para contratos.

Os serviços públicos privativos do Estado como transporte coletivo, estradas, energia, etc., apenas podem ser delegados para a iniciativa privada por meio de contratos de concessão/permissão precedidos de licitação. Mesmo se fosse possível a concessão/permissão de serviços públicos sociais, a lei seria inconstitucional ao não prever a licitação.

A lei ainda é inconstitucional ao prever a possibilidade de qualificação das entidades privadas como OS de forma discricionária, conforme conveniência ou oportunidade, em face ao princípio da igualdade e demais princípios constitucionais.

A cessão de bens públicos sem licitação também é inconstitucional.

A desnecessidade de demonstração de habilitação das entidades qualificadas como OS para celebrarem o contrato de gestão também é inconstitucional por ferir o princípio da isonomia e da licitação.

Portanto, parece-nos claro que quando as OSs forem fomentadas para realizarem atividades com o intuito de apenas complementarem o que o Estado já faz, sem qualquer caráter de terceirização, a figura dos contratos de gestão seria mais parecida com a dos convênios, e não seria necessária a realização de licitação para a celebração, mas apenas um procedimento mais simplificado que atendessem aos princípios constitucionais. No caso de real fomento, não seria necessário que a entidade realizasse concurso público ou licitação para suas contratações, mas apenas procedimentos mais simplificados de contratação. E, claro, seriam qualificadas de forma vinculada, e não discricionária.

Assim como, quando caracterizada a extinção de um órgão ou entidade públicos, ou o repasse da gestão de toda a atividade-fim de um ente estatal, isso seria uma privatização inconstitucional via OS. E mesmo se fosse possível, seria um contrato administrativo, passível de licitação prévia.

Concluimos no sentido de, além das críticas aos votos pela constitucionalidade da Lei das Organizações Sociais, que o transcurso de muito tempo entre os votos e a própria falta de clareza em alguns desses votos, faça com que a questão da possibilidade de privatização, ou não, da saúde, da educação, da cultura e dos demais serviços sociais via Organizações Sociais fique longe de uma solução.

Referências

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 27. ed., 2010.

DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 7. ed., 2009.

JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo. Constitucionalidade da Lei Federal nº 9.637/98, das Organizações Sociais. In: *Revista De Direito do Terceiro Setor*, ano 1, n. 1, jan./jun. 2007. Belo Horizonte: Fórum, pp. 177-210.

MINISTÉRIO DA ADMINISTRAÇÃO E REFORMA DO ESTADO, SECRETARIA DA REFORMA DO ESTADO. *Organizações Sociais*. Brasília: Ministério da Administração e Reforma do Estado, Cadernos MARE da reforma do estado, v. 2., 1997.

PLANO DIRETOR DA REFORMA DO APARELHO DO ESTADO, Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995.

Reforma Gerencial. *Revista do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado*, nº 1, maio/98.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.923-5-DF.

VIOLIN, Tarso Cabral. Da Inconstitucionalidade Parcial das Organizações Sociais - OSs. In: BLANCHET, Luiz Alberto, HACHEM, Daniel Wunder, SANTANO, Ana Cláudia. *Estado, Direito & Políticas Públicas*: homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho, 1. ed. Curitiba: Íthala, 2014, v. 1, p. 165-197.

VIOLIN, Tarso Cabral. Estado, Ordem Social e Privatização: as terceirizações ilícitas da Administração Pública por meio das Organizações Sociais, OSCIPs e demais entidades do "Terceiron Setor". In: FORTINI, Cristiana (Coord.). *Terceirização na Administração Pública*: estudos em homenagem ao professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. Belo Horizonte: Fórum, 2015, pp. 123-135.

VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública*: uma análise crítica. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, no prelo.

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

VIOLIN, Tarso Cabral. STF julgou constitucional a Lei nº 9.637/98 das organizações sociais: uma análise crítica da ADIN 1.923-5-DF. In: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). *Problemas emergentes da Administração Pública*. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. *Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 241-257.

ACORDOS DE LENIÊNCIA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO: MODALIDADES, REGIME JURÍDICO E PROBLEMAS EMERGENTES

THIAGO MARRARA

1 Introdução: a consensualização no processo sancionador

Com elevada frequência, confunde-se consensualização com consenso ou com consensualidade. Misturam-se meios com fins, processos com resultados. A consensualização propriamente dita representa um fenômeno de construção teórico-normativa de canais jurídico-operacionais aptos a viabilizarem consenso no planejamento e na execução das funções administrativas. Esses canais assumem caráter orgânico (como a previsão de direito de voz e voto para alunos em colegiados de universidades públicas ou de representantes do povo em conselhos nacionais de políticas públicas), procedimental (como audiências realizadas no licenciamento ambiental) ou contratual (como os compromissos de cessação de prática infrativa e a própria leniência). Todos eles constituem meios para a busca do consenso nas relações entre Estado e Administração, nas relações entre entes públicos ou em relações entre órgãos de um mesmo ente. Como meios, sua existência por si só não garante consenso. É perfeitamente possível que eles estimulem até dissensos em certos casos. Por isso, consensualização, consenso e consensualidade jamais poderiam ser tomados como sinônimos. *Consenso* significa consentimento recíproco; *consensualidade* indica o grau, maior ou menor, de consenso na construção ou na execução das políticas públicas. Os dois termos apontam para resultados. *Consensualização*, por sua vez, é movimento de transformação da Administração Pública e de seus processos administrativos em favor da edificação de consensos.⁶⁰⁴

Essa diferenciação se mostra relevante para compreender o tema em debate. A leniência nada mais é que um exemplar dos vários instrumentos da administração consensual na modalidade contratual. Mas não é só isso. Sua maior peculiaridade – e

⁶⁰⁴ Em mais detalhes sobre o movimento de consensualização e também de processualização e contratualização, cf. MARRARA, Thiago (org.). *Direito Administrativo: transformações e tendências*. São Paulo: Almedina, 2014, em geral.

talvez fragilidade – reside em sua relação essencial com os processos repressivos de polícia administrativa. Juntamente com os acordos de cessação de prática infrativa, os acordos de leniência representam o ponto mais delicado do movimento de consensualização e de horizontalização da Administração Pública, na medida em que se inserem em uma atividade tradicionalmente verticalizada, em que o Estado costuma agir de modo unilateral, monológico e pouco cooperativo diante do cidadão.

Há certas décadas seria impensável imaginar que uma autoridade pública dialogaria com um infrator confesso, responsável por desvios bilionários de recursos financeiros ou infrações econômicas com altíssimo impacto lesivo a interesses públicos primários. Perante o suspeito, à Administração tradicional se abria um único caminho: inaugurar os devidos processos acusatórios e esforçar-se para levantar provas a fim de punir os reais infratores.

Ocorre que as infrações ficaram complexas, grandiosas, enormemente reticuladas, virtualizadas e elaboradas. Além disso, como lembra Fábio Medina Osório, “as atividades instrutórias se tornaram mais difíceis por força do respeito obrigatório ao princípio da presunção de inocência e da vedação de se obrigar alguém a produzir provas contra si mesmo”.⁶⁰⁵ Tanto pela complexidade das infrações em si, quanto pelas essenciais garantias processuais que foram asseguradas ao cidadão ao longo das décadas, os custos operacionais das tarefas processuais do Estado aumentaram e, por reflexo, a improbabilidade de sucesso nos processos administrativos acusatórios se elevou tremendamente.

Em face da nova realidade, muitos Estados se viram jogados frente a um dilema: negociar e punir com base em processos administrativos fortemente instruídos ou não negociar e aceitar um crescimento da impunidade resultante da fraqueza probatória de processos acusatórios baseados em técnicas tradicionais de instrução. Vários desses Estados,⁶⁰⁶ inclusive o Brasil, optaram pela via utilitarista: aceitaram negociar com um infrator com o objetivo de enriquecer o processo e lograr punir outros infratores. Diga-se bem: negociar não para beneficiar gratuitamente, não para dispor dos interesses públicos que lhe cabe zelar, não para se omitir na execução das funções públicas. Negociar sim, mas com o intuito de obter suporte à execução bem sucedida de processos acusatórios e atingir um grau satisfatório de repressão de práticas ilícitas altamente nocivas que sequer se descobririam pelos meios persecutórios e fiscalizatórios clássicos.

Está aí o fundamento tanto do acordo de leniência, quanto da popular delação premiada empregada no direito penal. Ambos os institutos não são senão medidas de um (aparentemente paradoxal) acordo entre infrator e acusador no processo administrativo. Por meio dele, ao infrator se concedem benefícios sancionatórios e, em certos casos, até imunidade em relação a determinadas sanções. Não por outra razão, esses acordos levantam dúvidas teóricas à luz do princípio da indisponibilidade dos interesses públicos primários, da isonomia e até mesmo da legitimidade.

Seria por demasia pretensioso, em um mero artigo, visar a examinar os acordos sob o arcabouço valorativo que guia a Administração Pública e o Estado brasileiro. Por conseguinte, parte-se aqui da premissa geral de que a consensualização do poder sancionatório em si não viola qualquer princípio constitucional, sobretudo o da

⁶⁰⁵ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo sancionador*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 502-503.

⁶⁰⁶ Um panorama do direito estrangeiro é traçado por ALBRECHT, Stephan. *Die Anwendung von Kronzeugenregelungen bei der Bekämpfung internationaler Kartelle*. Baden-Baden: Nomos, 2008, p. 257 e seguintes.

indisponibilidade dos interesses públicos primários. Com base nesse entendimento, buscar-se-á nas linhas seguintes tão somente apresentar o instituto do acordo de leniência e suas funções em mais detalhes, construir um comparativo das três modalidades identificadas no direito positivo brasileiro até o momento, apontando-se seus principais elementos processuais e materiais e, enfim, tecer alguns comentários pontuais sobre cada um deles. Ao longo desse exame, pretende-se destacar os problemas e as deficiências da legislação brasileira e demonstrar como a legislação mais recente, em vez de aprimorar os modelos de leniência, acabou por piorá-los.

2 Acordo de leniência: definição, conteúdo e características essenciais

Leniência indica brandura ou suavidade.⁶⁰⁷ No processo administrativo sancionador, o chamado “acordo de leniência” designa um ajuste entre certo ente estatal e um infrator confesso pelo qual o primeiro recebe a colaboração probatória do segundo em troca da suavização da punição ou mesmo da sua extinção. Trata-se de instrumento negocial com obrigações recíprocas entre uma entidade pública e um particular, o qual assume os riscos e as contas de confessar uma infração e colaborar com o Estado no exercício de suas funções repressivas. Para Gesner de Oliveira e João Grandino Rodas, a leniência envolve uma efetiva transação entre “o Estado e o delator, que em troca de informações viabilizadoras da instauração, da celeridade e da melhor fundamentação do processo, possibilita um abrandamento ou a extinção da sanção em que este incorreria, em virtude de haver também participado da conduta ilegal denunciada”.⁶⁰⁸

Em algumas áreas, como no direito concorrencial, costuma-se apontar o particular que celebra o acordo como “leniente”. A terminologia em questão mostra-se claramente inadequada. Na prática, o papel de leniente é exercido pela entidade pública. É ela que age com brandura no exercício de seu poder punitivo perante o infrator colaborador. Leniente é o Estado e apenas ele. O particular deve ser chamado de colaborador ou de beneficiário da leniência.

Em outros sistemas jurídicos, acordos ou programas análogos são também designados como sistema de bônus, de anistia ou de “testemunha da coroa”.⁶⁰⁹ Esta última expressão, empregada no direito alemão, “simboliza a cena do infrator que confessava a prática, delatava os coautores e permanecia ao lado do trono em contraposição aos demais acusados pelo monarca. Seja qual for a terminologia preferida, a ideia central é única e consiste na colaboração que o infrator oferece ao Estado no desejo de obter o benefício da exclusão da punibilidade ou a redução da sanção”.⁶¹⁰

A despeito dos problemas terminológicos verificados no Brasil, das nuances dos sistemas estrangeiros e das peculiaridades das diversas espécies de acordo que serão apresentadas neste artigo, a leniência apresenta algumas características essenciais, quais sejam:

⁶⁰⁷ SOBRAL, Ibrahim Acácio Espírito. O acordo de leniência: avanço ou precipitação? *R-IBRAC*, v. 8, 2001, p. 133.

⁶⁰⁸ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 253. Na mesma linha, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

⁶⁰⁹ ZIMMERLI, Daniel. *Zur Dogmatik des Sanktionssystems und der “Bonusregelung” im Kartellrecht*. Berna: Stämpfli, 2007, p. 443 e seguintes e ALBRECHT, Stephan. *Die Anwendung von Kronzeugenregelungen bei der Bekämpfung internationaler Kartelle*. Baden-Baden: Nomos, 2008, p. 237.

⁶¹⁰ MARRARA, Thiago. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Atlas, 2015, capítulo 06.

- a) Trata-se de *acordo administrativo integrativo*,⁶¹¹ ou seja, de ajuste que se acopla a processo administrativo com a finalidade de facilitar sua instrução. É verdade que a leniência pode ser firmada antes da abertura do processo. Daí ser possível diferenciar a leniência concomitante da leniência prévia, cujos efeitos podem ou não ser distintos conforme a legislação aplicável. Sem prejuízo, a natureza integrativa persiste, pois decorre da relação essencial do ajuste com o processo. Sem o processo sancionador, não há sentido ou fundamento para cooperação.
- b) A leniência *não exclui a ação unilateral* do Estado. Como o acordo serve para que a autoridade pública obtenha provas que facilitem a instrução e a punição, é normal que o acordo conviva com o processo e com um ato administrativo final de natureza punitiva ou absolutória. Essa observação é relevante para evitar qualquer impressão de que os modelos de administração consensual e contratual venham a sepultar o estilo de administração unilateral. Qualquer impressão nesse sentido é falsa. Técnicas de administração consensual e unilateral podem conviver e a leniência comprova essa afirmação, na medida em que o acordo subsidia a formação de um ato administrativo final no processo punitivo.
- c) Para o Estado, a leniência implica a *obrigação de reduzir as sanções* que seriam aplicadas ao infrator confesso caso houvesse cooperação. No processo acusatório, o Estado tem o dever de mensurar as sanções para então conceder os benefícios de redução ou extinção esperados em razão do cumprimento do acordo. Em certos casos, a legislação prevê a regra da menor pena, pela qual a sanção final do leniente em nenhuma hipótese poderá superar a sanção imposta a outros infratores não beneficiados pelo acordo. O cumprimento dessas obrigações pelo Estado supõe que se julgue positivamente a cooperação prestada pelo particular. Sem que veja satisfeito seu direito à obtenção de provas e à cooperação necessária para que o processo acusatório atinja um resultado útil, o Estado não deve conceder qualquer benefício. É discutível, todavia, se o resultado útil necessariamente terá que representar uma decisão administrativa condenatória. Defendo que a obrigação do colaborador é de meio e não de resultado. Isso significa que não importa o resultado do processo administrativo para que se obtenha os benefícios da leniência. Importa, sim, seu comprometimento efetivo com a colaboração processual. Embora pareça desimportante, essa discussão é fundamental, porque os documentos obtidos pela leniência em um processo administrativo frustrado podem ser empregados em outros processos e também pelo fato de que algumas leniências não deflagram efeitos apenas no campo administrativo.⁶¹²

⁶¹¹ Sobre a diferença, proveniente do direito processual administrativo italiano, entre acordos integrativos e acordos substitutivos, cf. MENEZES DE ALMEIDA, Fernando. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 300.

⁶¹² Para mais detalhes sobre os efeitos administrativos, penais, civis e internacionais do acordo de leniência, cf. MARRARA, Thiago. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Atlas, 2015, capítulo 06.

3 Comparativo das modalidades de leniência existentes no Brasil

O reconhecimento das características teóricas gerais dos acordos de leniência se mostra insuficiente para revelar toda a complexidade prática desses ajustes que se acoplam aos processos administrativos sancionatórios. No Brasil, a primeira modalidade de leniência foi criada em 2000 (Lei nº 10.149) e até o momento existem três modalidades, cujos regimes jurídicos diferem de modo significativo, sobretudo no tocante aos efeitos para o infrator colaborador. Antes de se comentar cada uma delas, apresentam-se dois quadros comparativos e sintéticos dos principais elementos processuais e materiais de cada acordo, o que permite visualizar como e em que medida os regimes de cooperação entre Estado e infrator variam no ordenamento jurídico pátrio.

O quadro I resume aspectos referentes: 1) à entidade administrativa competente para a celebração do acordo; 2) à existência de vedação de leniência múltipla que, de modo geral, é indicada pela presença da regra “first come, first serve” em certas leis, ou seja, pela determinação de que a Administração Pública somente celebre a leniência com o primeiro infrator a se qualificar para colaborar no processo sancionatório, restando proibidas leniências com outros coautores da conduta ilícita; 3) à necessidade ou não de obrigatoriedade de confissão da prática ilícita pelo infrator interessado em colaborar; 4) à previsão legal de sigilo na negociação e execução do acordo; 5) à existência de leniência oral, técnica utilizada em alguns países para evitar o risco de que documentos entregues na negociação do acordo venham a ser empregados pelo Estado ou por terceiros para iniciar processos administrativos, civis ou penais na hipótese de frustração da negociação da leniência; 6) à necessidade de suspensão da prática infrativa pelo colaborador na leniência, técnica que gera questionamentos pelo fato de poder suscitar desconfiânças dentro da rede de infratores, ocasionando a destruição ou a ocultação de provas; 7) aos efeitos da negociação frustrada, aspecto relevante na medida em que algumas leniências não se concretizam, mas as informações e os documentos gerados na negociação podem cair na mão de terceiros ou serem empregados pelo próprio Estado para iniciar outras medidas punitivas ou reparatórias; e 8) às consequências do inadimplemento do acordo, sobretudo para o colaborador.

Em relação a todos esses aspectos, o quadro I considera exclusivamente as informações e previsões normativas contidas na Lei de criação de cada acordo, deixando de lados normas estabelecidas em Decretos regulamentadores e em outros atos normativos internos. Observe-se, ainda, que muitas células do quadro contêm um ponto de interrogação, o qual designa a lacuna da lei em relação ao tópico tratado. Isso se dá particularmente quanto ao acordo de leniência para infrações licitatórias, modalidade consagrada na Lei Anticorrupção, mas sem a designação de um regime jurídico minimamente estruturado, lacuna essa que necessita ser oportunamente discutida para que o acordo se torne viável.

QUADRO I - Comparação das leniências

	Lei nº 12.846 (16) ANTICORRUPÇÃO	Lei nº 12.529 CONCORRÊNCIA	Lei nº 12.846 (17) LICITAÇÕES
Entidade competente	Entidade administrativa lesada / CGU / MP	CADE	?
<i>First come, first serve</i>	Sim, apenas para pessoas jurídicas	Sim, apenas para pessoas jurídicas	?
Obrigatoriedade da confissão	Sim	Sim	Sim
Uso do sigilo	Sim	Sim	?
Leniência oral	Não prevê	Não prevê	Não prevê
Necessidade de suspensão da prática	Sim	Sim	?
Efeitos da negociação frustrada	Afastamento da confissão	Afastamento da confissão	Não prevê
Consequências do inadimplemento	Vedação de 3 anos	Vedação de 3 anos	?

Fonte: elaboração própria

No tocante aos aspectos apontados até o momento, o quadro I demonstra muito claramente que o acordo de leniência para infrações por atos de corrupção empresarial se baseou no acordo de leniência previsto na legislação de defesa da concorrência. Todos os aspectos são idênticos, com a diferença de que, na Lei Anticorrupção, o Ministério Público pode atuar de maneira subsidiária em relação à autoridade administrativa, quando esta deixa de tomar as medidas de instauração do processo sancionador. Por conta dessa competência subsidiária, a legitimidade para celebração da leniência pode ser eventualmente transferida para o *parquet*, situação impossível de ocorrer no programa de leniência de defesa da concorrência. Ainda no que diz respeito à legitimidade ativa para celebração do acordo, a Lei Anticorrupção é mais abrangente, pois qualquer ente público está autorizado a aplicar suas sanções administrativas, diferentemente do que ocorre no sistema concorrencial, em que o CADE monopoliza o poder sancionatório na esfera administrativa. Fora isso, na Lei Anticorrupção se vislumbra a competência exclusiva de atuação da Controladoria Geral da União para celebrar leniências a respeito de práticas nacionais contra o Poder Executivo federal e práticas contra a Administração Pública estrangeira (art. 16, §10).

Esses aspectos procedimentais não esgotam os elementos essenciais deste relevante acordo integrativo a processos administrativos sancionatórios. O quadro II traz elementos adicionais que mostram diferenças significativas entre as modalidades de leniência previstas no direito positivo brasileiro. Nesta segunda sistematização são sumarizados: 1) as subespécies de leniência previstas em cada lei, separando-se a leniência prévia ao processo administrativo sancionador da leniência que lhe é

concomitante, o que pode ter certos impactos em relação aos efeitos do ajuste para o colaborador; 2) a existência ou não de leniência *plus*, consistente em uma segunda leniência no mesmo processo administrativo acusatório, mas com base em uma infração diversa e desconhecida do Estado, o que gera para o infrator colaborador benefícios em dois processos administrativos com apenas um único acordo e mitiga a regra do “first come, first serve” aplicável às pessoas jurídicas; 3) os efeitos administrativos internos da leniência, isto é, os benefícios gerados no processo sancionatório no qual ela se integra; 4) a existência do benefício da menor multa, pela qual não se permite punir o colaborador de maneira mais gravosa que outros coautores da infração; 5) os efeitos administrativos externos, isto é, em relação a esferas de responsabilidade administrativa adicionais à do processo em que a leniência é celebrada; 6) os efeitos penais; 7) os efeitos civis e 8) os efeitos internacionais. Novamente, a comparação foi baseada no exame da lei formal, sem considerações sobre decretos regulamentares e normas administrativas internas.

QUADRO II - Comparação das leniências (continuação)

	Lei nº 12.846 (16) ANTICORRUPÇÃO	Lei nº 12.529 CONCORRÊNCIA	Lei nº 12.846 (17) LICITAÇÕES
Leniência prévia e concomitante	Não diferencia	Sim	?
Leniência <i>plus</i>	Não prevê	Sim	?
Efeitos administrativos internos	Multa: até 2/3 de redução. Mínimo não previsto	Multa: pode ser zerada. Mínimo de 1/3 de redução	Isenção ou redução. Sem percentual
Benefício da menor multa	Não prevê	Sim	?
Efeitos administrativos externos	Não prevê	Não prevê	?
Efeitos penais	Não prevê	Sim. Amplo para cartel	?
Efeitos civis	Parcial. Apenas para sanção do art. 19, IV. Não afeta dever de reparação (art. 16, §3º)	Não	?
Efeitos internacionais	Não prevê	Não prevê	?

Fonte: elaboração própria

Em contraste com o primeiro, o quadro II revela mais intensa diferenciação dos modelos de leniência no tocante aos efeitos do ajuste celebrado pelo infrator com a entidade pública responsável pelo processo administrativo sancionador. É essa variação de efeitos que torna um programa mais ou menos atrativo para os infratores. Note-se,

porém, que nenhum dos acordos gera efeitos protetivos para o colaborador em outros processos administrativos sancionadores. Para uma prática exemplificativa de cartel licitatório, a realização da leniência com o CADE não protege o infrator contra processos administrativos conduzidos pela entidade lesada com base na Lei Anticorrupção ou nas disposições da Lei de Licitações. Da mesma forma, pelo acordo assinado com base na Lei Anticorrupção, o colaborador não se imunizará contra sanções aplicadas pelo CADE. Daí a necessidade de que, para certas práticas, o infrator interessado em cooperar com o Estado busque inúmeros acordos de leniência para adquirir uma blindagem minimamente segura. Nada garante, porém, que o mesmo infrator logrará cumprir todos os requisitos de cada lei para celebrar os vários acordos previstos no direito positivo – e é esta imprevisibilidade que torna a negociação de um acordo extremamente arriscada na prática.

4 Leniência para infrações contra a ordem econômica

Inserido no ordenamento jurídico em 2000, o acordo de leniência previsto na legislação brasileira de defesa da concorrência não configura apenas o mais tradicional dos ajustes cooperativos do processo administrativo sancionador, mas também, o mais bem disciplinado do ponto de vista normativo. Afirma-se isso com base nos dois quadros comparativos da legislação atual apresentados no item anterior.

A Lei nº 12.529/2011, Lei de Defesa da Concorrência, separa de maneira relativamente clara três subespécies de leniência, a prévia ao processo, a concomitante e a leniência *plus*. Em relação a cada uma delas, são definidos os efeitos ou os benefícios do acordo. Apontam-se os benefícios mínimos e máximos, garante-se ao colaborador o benefício da menor sanção em relação a todos os condenados e preveem-se ainda efeitos penais bastante alargados. A despeito das diferenças, a competência de celebração é unificada, ou melhor, concentrada no CADE, o que também facilita o funcionamento do programa de cooperação.

No âmbito administrativo, os efeitos da leniência concorrencial limitam-se ao âmbito do poder sancionatório da entidade leniente. Eles valem apenas para beneficiar o colaborador diante das sanções administrativas previstas na Lei de Defesa da Concorrência e, por consequência, não afastam a incidência de sanções constantes da Lei de Licitações, da Lei Anticorrupção ou de qualquer outro diploma administrativo cabível – daí porque, para se proteger contra tais sanções, o colaborador terá que buscar leniências simultâneas e múltiplas. Apesar dessas limitações, como as sanções concorrenciais demonstram grande severidade, os efeitos da leniência não são desprezíveis.

Quanto à multa administrativa, a redução mínima é de um 1/3 e a máxima, de 2/3 no caso de leniência concomitante ao processo. Para a leniência prévia ao processo, o benefício consiste na inaplicabilidade da multa. Não há dúvidas de que essa diferenciação de benefícios é proposital e criada exatamente para estimular as leniências prévias ou anteriores ao processo administrativo, momento em que o Estado ainda não tem conhecimento da infração. Já para a leniência *plus* (ou de duplo efeito), o benefício no primeiro processo consiste na redução da multa em 1/3 e, no segundo processo, aplicam-se os efeitos de leniência prévia. Nessa sistemática, resta evidente que a autoridade pública, diante do reconhecimento de cumprimento do acordo, detém discricionariedade para mensurar o benefício apenas na modalidade de leniência concomitante. Para a leniência prévia e para a *plus*, a oferta do benefício é vinculada.

Todos esses benefícios valem no mesmo percentual para a pessoa física e para a pessoa jurídica, a depender de quem celebrou a leniência. A pessoa física, porém, não sofre a limitação do “*first come, first serve*”, de modo que está autorizada a celebrar leniência ainda que exista um ou mais acordos do gênero acoplados ao processo sancionador. A despeito dos percentuais idênticos para pessoas físicas e jurídicas, os efeitos práticos do benefício variam na prática, pois o direito concorrencial diferencia as sanções das pessoas jurídicas com finalidade econômica, das pessoas jurídicas não executoras de atividade empresarial, das pessoas físicas como infratoras e das pessoas físicas como administradoras de entidades empresariais ou não. Essas variações estão explicitadas no quadro a seguir:

QUADRO III - Sanções de multa administrativa na Lei de Defesa da Concorrência

PESSOAS JURÍDICAS	LDC/2011	PESSOAS FÍSICAS	LDC/2011
Multa à empresa condenada	0,1% a 20% do faturamento	Multa ao administrador	1% a 20% da multa aplicada à pessoa jurídica
Multa à pessoa jurídica fora de atividade empresarial (e.g. associações)	R\$50 mil a R\$2 bilhões	Multa à pessoa física que não se enquadre na qualidade de administrador	R\$50 mil a R\$2 bilhões

Fonte: elaboração própria

Comentário especial merece a previsão dos benefícios penais no programa de leniência concorrencial utilizado por pessoas físicas. A celebração do acordo e seu cumprimento, num caso ilustrativo de cartel licitatório, tornam o colaborador imune a ações penais das mais variadas ordens. Nesse aspecto, a Lei de 2011 evoluiu significativamente em comparação à Lei nº 8.884/1994, já que, no sistema anterior, o benefício penal se limitava aos crimes contra a ordem econômica. O infrator que confessava a prática ganhava imunidade penal apenas relativa e, não raro, via-se apontado como réu de ação penal fundamentada no crime de quadrilha.⁶¹³

Para solucionar o problema e afastar interferências do Ministério Público nos acordos de colaboração celebrados pelo CADE, a legislação atual expandiu os benefícios para todo e qualquer crime, modificação que recebeu expressivo apoio doutrinário.⁶¹⁴ Com isso, o benefício passou a atingir a esfera penal como um todo, mas apenas para infrações de cartel. Isso tornou, de um lado, o acordo de leniência muito mais atrativo para pessoas físicas. De outro, contudo, suscitou fortes críticas pelo fato de seu cumprimento obstar a ação de autoridades do Judiciário e do Ministério Público na esfera criminal.

⁶¹³ Sobre a problemática, cf., entre outros, REALE JÚNIOR, Miguel. Cartel e quadrilha ou bando: bis in idem. *Revista de Ciências Penais*, v. 5, 2006, p. 31 e seguintes.

⁶¹⁴ BURINI, Bruno Correa. *Processo administrativo de apuração de conduta anticoncorrencial: uma perspectiva instrumentalista*. São Paulo: USP (tese de doutorado), 2010, p. 248 e CHINAGLIA, Olavo Zago. Prefácio. In: *Comentários à nova lei de defesa da concorrência*. São Paulo: Método, 2012, p. XIII.

5 Leniência para infrações de corrupção

A consagração definitiva do acordo de leniência como ajuste de consensualização nos processos administrativos sancionatórios ocorreu com a edição da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013). Até então, o acordo se restringia à esfera de defesa administrativa da concorrência. Com a nova lei, surgem duas modalidades adicionais de leniência: a relativa às infrações de corrupção e a relativa às infrações licitatórias.

Para se compreender o papel da leniência contra práticas de corrupção, há que se resgatar o conteúdo da Lei que a alberga. *Grosso modo*, trata-se de diploma que cria uma esfera de responsabilidade civil e administrativa de natureza objetiva contra pessoas jurídicas (art. 2º), permitindo inclusive a solidariedade do grupo econômico em relação à multa (art. 4º, §2º) e a assunção da mesma pelo sucessor em caso de concentração econômica (art. 4º, §1º). As infrações podem ser igualmente cometidas por pessoas físicas (dirigentes ou administradores), mas nesta hipótese a punição se dá de acordo com um modelo de responsabilização subjetiva, dependente de avaliação e prova de culpabilidade individualizada.

No âmbito da Administração Pública, as sanções dependem da realização prévia de processo administrativo da entidade lesada pela prática de corrupção empresarial. Deve correr, naturalmente, em conformidade com o devido processo legal e não impede outros processos acusatórios com base na Lei de Defesa da Concorrência, da Lei de Improbidade e da Lei de Licitações (art. 29 e 30). Do processo administrativo acusatório por corrupção, derivam no máximo duas sanções: 1) multa sancionatória que varia de 0,1% a 20% do faturamento (percentual idêntico ao da legislação concorrencial), descontados tributos e que jamais poderá ser inferior à vantagem auferida pelo infrator, quando possível, mensurá-la e não excludente de reparação civil; e 2) publicação de decisão condenatória, aplicada isoladamente ou em conjunto com a multa, nos meios de comunicação, na entidade e na internet, com o intuito de expor o infrator e submetê-lo a eventuais sanções sociais por parte de investidores, consumidores, concorrentes e outros agentes sociais e econômicos.

Na esfera administrativa, como visto, existem apenas duas sanções. Contudo, a lei prevê uma série de medidas de natureza civil, cuja aplicação depende da condução de processo judicial e de prolação de sentença condenatória. Essas medidas abrangem a reparação do dano, o perdimento de bens e valores, a suspensão de atividades econômicas, a dissolução da pessoa jurídica, a proibição de incentivos, doações, empréstimos públicos, etc. Muitas delas também existem no âmbito da defesa da concorrência, mas são lá consideradas como sanções acessórias de natureza administrativa, razão pela qual podem ser impostas pelo próprio CADE ao final do processo administrativo sancionador. Na Lei Anticorrupção, a incidência das mesmas medidas pressupõe o processo judicial, o que mitiga os poderes punitivos da Administração.

É nesse contexto sancionatório que surge o programa de leniência da Lei Anticorrupção. Trata-se de um acordo de cooperação com o infrator confessor que venha a se qualificar em primeiro lugar perante o ente público competente. Isso mostra que a Lei Anticorrupção também adotou a sistemática do “first come, first serve” e a limitou às pessoas jurídicas, de modo que as físicas podem celebrar leniências mesmo que outras já existam no processo. No tocante aos benefícios, porém, as diferenças entre a Lei Concorrencial e a Lei de Combate à Corrupção Empresarial são gritantes. Muitas dessas diferenças, em verdade, representam falhas graves da legislação e que podem sepultar a atratividade da leniência nessa esfera.

Conforme a Lei Anticorrupção, no âmbito administrativo, a celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções de publicação extraordinária da decisão administrativa condenatória e reduzirá em até 2/3 o valor da multa aplicável (art. 16, §2º). Note-se bem: a lei não define o benefício mínimo em relação à multa, resumindo-se a prever o desconto máximo de 2/3. Nesse particular, fica a seguintes dúvida: a autoridade pública, diante da leniência cumprida, está autorizada a conferir um benefício insignificante? Parece que não, sob pena de se frustrar a boa-fé em relação ao processo e ao acordo administrativo⁶¹⁵ e o princípio maior da segunda jurídica. Na oportuna lição de Bandeira de Mello, “a essência do Direito é firmar previamente os efeitos que associará aos comportamentos tais ou quais [...] a ordem jurídica constitui uma prévia rede de segurança para a conduta dos indivíduos, afastando liminarmente qualquer imprevisto ou surpresa que poderia lhes advir se não existisse essa preliminar notícia sobre o alcance de sua atuação futura”. E arremata: “a própria possibilidade de o Direito se realizar depende, às completas, de que exista a certeza, a segurança de que um prévio comportamento ocorrerá na hipótese de uma conduta ser tal ou qual”.⁶¹⁶

Não bastasse isso, a Lei Anticorrupção não prevê qualquer tipo de isenção de multa e, em nenhum momento, faz a importante diferenciação entre a leniência prévia e a leniência concomitante. Como foi dito, na defesa da concorrência, a leniência prévia é estimulada com benefícios maiores (isenção de multa), mas no combate à corrupção, não há qualquer variação. Certamente, essa lacuna apenas servirá para desestimular acordos anteriores ao processo administrativo.

Outro ponto interessante da leniência no combate à corrupção diz respeito aos efeitos penais e civis. Em regra, não existe nenhum efeito penal. Com isso, a legislação deixou de aproveitar todas as discussões teóricas travadas no direito administrativo concorrencial e acabou tornando o acordo de cooperação pouco atrativo. Que pessoa física se motivará a propor o ajuste sob o risco de ser processada criminalmente? Na medida em que as pessoas jurídicas são movidas por pessoas físicas, será que a falta de benefícios penais a administradores e dirigentes não breará acordos buscados pelas próprias pessoas jurídicas?

Já na esfera civil, a celebração da leniência não afasta qualquer pretensão de reparação, tal como consta de modo expreso da Lei Anticorrupção (art. 16, §2º). Tampouco se evita, com o acordo, a possibilidade de determinação judicial de extinção da pessoa jurídica ou de suspensão das suas atividades. A leniência gera benefício no tocante apenas a um tipo determinado de medida civil que o Judiciário pode aplicar contra o infrator. Trata-se da sanção de “proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos” (art. 19, IV).

⁶¹⁵ Como ensina Romeu Felipe Bacellar Filho, “o cidadão, ao dar início às solenidades que antecedem o exercício de uma atividade lícita e ao empenhar-se moral e financeiramente com o projeto dela decorrente, tem, de acordo com o princípio da juridicidade, a certeza de um direito. A certeza do direito representa, pois, para o cidadão, uma visão confiante e antecipada do acolhimento de seu desejo ou de sua pretensão, uma vez cumpridos os requisitos exigidos...”. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Ato administrativo e procedimento administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014 (Tratado de Direito Administrativo, v. 5), p. 537.

⁶¹⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Estado de Direito e segurança jurídica. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (org.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 41.

Ora, a legislação padece aqui de um grave vício lógico. De que adianta conceder esse benefício ao infrator colaborador, se a leniência não impede que o juiz determine a sua extinção como pessoa jurídica? Para que os benefícios sejam reais e efetivos, portanto, é preciso reinterpretar a Lei Anticorrupção. Embora o art. 16 não o diga, a leniência impõe uma imunidade também contra a medida prevista no art. 19, inciso III. Se não for assim, de nada adiantará o benefício quanto ao inciso IV.

Em síntese, por força desse tímido e mal construído pacote de benefícios e do fato de que a leniência por ato de corrupção não produz efeitos em processos do CADE, ou em processos conduzidos com base na Lei de Licitações por outras entidades públicas, paira uma dúvida cruel: o instrumento de cooperação criado para o processo administrativo sancionador em debate é atrativo?⁶¹⁷

6 Leniência para infrações licitatórias

De modo discreto e estranho, o legislador inseriu um segundo acordo de leniência dentro da Lei Anticorrupção, mas o qual não guarda qualquer relação com as práticas infrativas ali previstas, mas sim, com as infrações licitatórias da Lei nº 8.666/1993. Vejamos o que diz o art. 17: “A administração pública poderá *também* celebrar acordo de leniência com a *pessoa jurídica* responsável pela prática de *ilícitos previstos na Lei nº 8.666*, de 21 de junho de 1993, com vistas à *isenção* ou à *atenuação* das *sanções administrativas* estabelecidas em seus arts. 86 a 88” (grifos nossos).

A curiosa redação suscita uma série de dúvidas e perplexidades que merecem amplo debate. Começemos pela interpretação literal do dispositivo legal transcrito.

Em primeiro lugar, afirma-se que a Administração, sem qualquer qualificativo, *também* poderá celebrar o acordo de leniência para infração licitatória. O “*também*” indica que o ente público competente para conduzir o processo anticorrupção e que negocia, dentro dele, um acordo para atos de corrupção empresarial poderá, caso a mesma conduta seja ilícita pela Lei de Licitações, fazer um segundo acordo com o mesmo leniente, mas para beneficiá-lo quanto às sanções dessa lei. Ora, em vez de possibilitar a celebração de um segundo acordo, seria mais fácil o legislador estender os benefícios da leniência anterior para o campo licitatório. Dizendo de outro modo: seria mais simples estender os benefícios administrativos externos da leniência por prática de corrupção que prever um segundo acordo. Diante da redação do artigo, surge inclusive a dúvida se a pessoa jurídica que celebrou o acordo inicial por ato de corrupção deterá prioridade para o segundo acordo, para ilícito licitatório, ou, em vez disso, se os dois acordos serão autônomos, de modo que a Administração estará livre para firmar a leniência por corrupção com uma pessoa jurídica e a leniência para infração licitatória com outra, embora ambas tenham participado da mesma prática ilícita.

Em segundo lugar, pela sua redação, a lei cria um acordo de leniência que está restrito a pessoas jurídicas. Na prática, contudo, as infrações administrativas licitatórias podem ser cometidas tanto por pessoas físicas, quanto por pessoas jurídicas. Não bastasse isso, nas duas modalidades anteriormente apresentadas, tanto a pessoa jurídica, quanto a pessoa física são contempladas pela possibilidade de colaboração premiada.

⁶¹⁷ Na mesma linha de ceticismo se posiciona CAMPOS, Patrícia Toledo. Comentários à Lei nº 12.846/2013: Lei Anticorrupção. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 2, n. 1, 2014, p. 179.

Por que então o legislador desejou excluir aparentemente as pessoas físicas da leniência para infrações licitatórias? Não há qualquer motivo compreensível para a restrição legal. O artigo 17 deveria ter mencionado pessoas físicas e jurídicas sem qualquer distinção.

Em terceiro lugar, a leniência é prevista para ilícitos da Lei de Licitações, mas sem qualquer adjetivação. Ocorre que a referida lei contém ilícitos administrativos e ilícitos criminais. Isso poderia levar a confusões sobre a abrangência do acordo em debate. No entanto, como a legislação excluiu as pessoas físicas dessa modalidade de leniência, naturalmente não há que se falar de sua aplicabilidade para crimes licitatórios (incabíveis a pessoas jurídicas). Essa interpretação se reforça ainda pela parte final do art. 17 da Lei Anticorrupção, o qual deixa claro que os benefícios se restringem às sanções dos art. 86 a 88 da Lei de Licitações, que correspondem a sanções administrativas. Daí resulta que a leniência em questão não deflagra qualquer tipo de efeito penal.

Em quarto lugar, da restrição da leniência licitatória a pessoas jurídicas que cometam infrações administrativas pela Lei nº 8.666 decorre um outro e maior problema. Quando se examinam os art. 86 a 88, nota-se que as infrações administrativas em matéria de licitações em regra se confundem com ilícitos contratuais, como a omissão do vencedor da licitação quanto à assinatura do contrato, o atraso indevido no cumprimento das obrigações contratuais ou o inadimplemento culposo. Reitere-se: as infrações administrativas licitatórias guardam forte relação com o contrato. Já as condutas mais gravosas, como os cartéis, configuram crimes licitatórios (art. 90 da Lei nº 8.666). Ora, se um cartel ou outra prática grave é crime e a leniência licitatória não vale para crimes, qual utilidade terá o novo acordo? Fará sentido utilizá-lo para atrasos e inadimplementos contratuais? Parece que não! Sendo assim, uma forma de contornar o problema consistiria em interpretar a leniência do art. 17 da Lei Anticorrupção como um instrumento de cooperação para infrações previstas no art. 88 da Lei de Licitações.⁶¹⁸ Isso significa que o acordo serviria tão somente para proteger uma pessoa jurídica acusada de prática de comportamento punível com base na Lei Anticorrupção e, ao mesmo tempo, punível com as sanções administrativas de suspensão para licitar ou com declaração de inidoneidade por força do art. 88. Usar o acordo em questão para meros descumprimentos ou moras contratuais não faria qualquer sentido, mesmo porque aí não haveria, a princípio, relação com práticas de corrupção.

Em quinto lugar, o pequeno, mas infinitamente polêmico art. 17 ainda menciona as palavras “isenção” e “atenuação” de sanções administrativas. Mais algumas perplexidades. De uma parte, é preciso indagar o seguinte: por que, no acordo de leniência para prática de corrupção, o legislador ofereceu apenas redução de multa e, na leniência licitatória, oferece benefícios muitos maiores como a isenção? De outra, no tocante à atenuação, a dúvida que fica é: atenuação de que e como? Mesmo que fosse possível aplicar a tal leniência para sanção de multa licitatória, qual seria o benefício mínimo e máximo de redução? Não há nenhum parâmetro na lei, lacuna essa que nos leva a sugerir a importação do benefício máximo de 2/3 de redução previsto na Lei Anticorrupção (art. 16) e o benefício mínimo de redução de 1/3 da multa, por analogia com o regime da leniência concorrencial.

⁶¹⁸ Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei: I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos; II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação; III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.

Essas poucas reflexões bastam para evidenciar que a criação de uma leniência licitatória na Lei Anticorrupção (fora da própria Lei de Licitações) e com base em um dispositivo legal cuja redação se revela confusa, questionável e incompleta parece ter levado a mais problemas do que soluções. Isso a torna um instrumento de cooperação obscuro, perigoso e desinteressante. Que infrator desejará celebrar uma leniência cujo regime jurídico não tem qualquer sustentação firme na lei, cujos benefícios se mostram duvidosos e que não se estende a pessoas físicas? E mais: um acordo que não gera benefícios civis e nem vantagens em processos administrativos conduzidos com supedâneo na Lei Anticorrupção e na Lei de Defesa da Concorrência. Muitas são as dúvidas e as indagações que precisarão ser respondidas para que o mecanismo de consensualização constante do art. 17 efetivamente saia do papel.

7 Conclusão

Baseado no reconhecimento da complexidade das infrações na sociedade da informação e em rede, e seguindo as tendências do processo civil e do processo penal e as experiências da Administração Pública estrangeira, o processo administrativo punitivo no Brasil abriu-se a um movimento de intensa consensualização nos últimos 15 anos. Compromissos de cessação de prática infrativa, medidas cautelares negociadas e acordos de leniência são a prova inegável desse fenômeno. O Estado que agia de modo isolado, monológico, verticalizado, passou a dialogar com a sociedade e, mais que isso, a negociar com infratores confessos antes ou durante processos administrativos acusatórios.

Até hoje, porém, o movimento de consensualização do processo punitivo não ganhou uma disciplina geral na Lei de Processo Administrativo, cujo texto ainda trata da temática sancionatória de maneira extremamente tímida e pouco efetiva, sequer mencionando formas de negociação, diálogo e consenso.⁶¹⁹ Na verdade, os acordos de leniência foram ganhando espaço de modo lento e por aparições pontuais. Nasceram em 2000 no campo do controle repressivo de infrações administrativas contra a ordem econômica. Mais de uma década depois, expandiram-se por força da Lei Anticorrupção, a qual criou uma modalidade de leniência para infrações de corrupção e outra, bastante questionável e obscura, para infrações licitatórias da Lei nº 8.666/1993. Com isso, em 2015, o direito administrativo positivo conta com ao menos três possibilidades de cooperação do Estado com infratores confessos no processo administrativo punitivo.

Embora historicamente compreensível – afinal, a leniência está em “fase de testes” e seria extremamente arriscado consagrá-la na Lei de Processo Administrativo como norma geral –, a fragmentação e a dispersão normativa que marca a disciplina deste acordo deflagra inúmeros problemas. De todas as suas modalidades existentes, a prevista na Lei de Defesa da Concorrência se mostra a mais completa, previsível e segura. Já as duas versões trazidas pela Lei Anticorrupção se caracterizam por inúmeras lacunas e enigmas, sobretudo no tocante aos benefícios a que o infrator terá direito por cooperar de modo pleno e efetivo com o Estado ao longo do processo administrativo. Dentre essas duas modalidades, é inegável que a mais problemática reside no art. 17

⁶¹⁹ Criticamente, sobre o tratamento das sanções na LPA federal, cf. NOHARA, Irene; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo*: Lei nº 9.784/1999 comentada. São Paulo: Atlas, 2009, comentários aos art. 56 e seguintes.

da Lei Anticorrupção, que constrói uma leniência licitatória restrita a pessoas jurídicas e que dificilmente se acopla à lógica da Lei de Licitações.

Quem dera o desafio posto à ciência do direito administrativo brasileiro se restringisse tão somente a esclarecer, por técnicas interpretativas várias, o regime jurídico de cada uma dessas modalidades. De que a superação desse desafio seja imprescindível, não se discorda. No entanto, mais relevante e difícil que isso será transformar esses interessantes mecanismos de cooperação do processo sancionador em instrumentos aptos a auxiliar o Estado na proteção e na promoção dos interesses públicos primários sob sua guarda. Para isso, em uma perspectiva macroscópica e de longo prazo, um dos debates mais estratégicos consistirá em esclarecer a inter-relação dos processos administrativos punitivos e, por conseguinte, os impactos interadministrativos dos programas de leniência. Isso, porque a falta de uma vinculação das esferas de punição administrativa torna a celebração de uma leniência, por força da confissão obrigatória, altamente arriscada para o infrator colaborador. Enquanto não resolvido esse problema, os graus de atratividade do acordo permanecerão aquém do desejável e a grande modificação de concepção de gestão do processo administrativo certamente perderá seus efeitos reais.

Referências

- ALBRECHT, Stephan. *Die Anwendung von Kronzeugenregelungen bei der Bekämpfung internationaler Kartelle*. Baden-Baden: Nomos, 2008.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Ato administrativo e procedimento administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014 (Tratado de Direito Administrativo, v. 5).
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Estado de Direito e segurança jurídica. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (org.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- BURINI, Bruno Correa. *Processo administrativo de apuração de conduta anticoncorrencial: uma perspectiva instrumentalista*. São Paulo: USP (tese de doutorado), 2010.
- CAMPOS, Patrícia Toledo. Comentários à Lei nº 12.846/2013: Lei Anticorrupção. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 2, n. 1, 2014. Disponível em: www.revistas.usp.br/rdda. Acesso em: 25 de janeiro de 2015.
- CHINAGLIA, Olavo Zago. Prefácio. In: *Comentários à nova Lei de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Método, 2012.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- MARRARA, Thiago. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Atlas, 2015.
- MARRARA, Thiago (org.). *Direito administrativo: transformações e tendências*. São Paulo: Almedina, 2014.
- MENEZES DE ALMEIDA, Fernando. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- NOHARA, Irene; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo: Lei nº 9.784/1999 comentada*. São Paulo: Atlas, 2009.
- OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- REALE JÚNIOR, Miguel. Cartel e quadrilha ou bando: bis in idem. *Revista de Ciências Penais*, v. 5, 2006.
- SOBRAL, Ibrahim Acácio Espírito. O acordo de leniência: avanço ou precipitação? *R-IBRAC*, v. 8, 2001.

VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (org.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

ZIMMERLI, Daniel. *Zur Dogmatik des Sanktionssystems und der "Bonusregelung" im Kartellrecht*. Berna: Stämpfli, 2007.

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

MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. In: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). *Problemas emergentes da Administração Pública*. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. *Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 259-274.

PARTE II

ARTIGOS SELECIONADOS NO CONCURSO
DE ARTIGOS
PRÊMIO PROFESSOR PEDRO PAULO DE
ALMEIDA DUTRA

O PAPEL DA INTERVENÇÃO ESTATAL NO LEILÃO DO CAMPO DE LIBRA

ALCIDES GOELZER DE ARAÚJO VARGAS E PINTO
FELIPE AUGUSTO BROCHADO BATISTA DO PRADO

1 Introdução

O objetivo do presente estudo é fazer uma análise crítica acerca do primeiro leilão do pré-sal brasileiro envolvendo o campo de Libra. Para tal, necessário se faz a compreensão da evolução histórica do setor petrolífero no Brasil, a flexibilização do monopólio estatal através da Emenda Constitucional nº 9/1995, e a mudança, após a descoberta do pré-sal, da utilização do modelo de concessão para o sistema de partilha de produção.

O primeiro capítulo descreverá, em linhas gerais, o processo histórico intervencionista do Estado no petróleo brasileiro. Buscar-se-á demonstrar que sempre houve influência estatal neste setor, que criou a Petrobrás em 1953 e monopolizou a exploração do petróleo até 1997, quando foi promulgada a Lei do Petróleo, que permitiu a contratação via sistema de concessão, o que levou a um enorme crescimento do setor, até a descoberta do pré-sal e a criação do novo marco legal.

O segundo capítulo detalhará as peculiaridades do regime de concessão, ainda utilizado no Brasil nas áreas não compreendidas pelo pré-sal, visando, principalmente, analisar as formas de participações governamentais neste sistema, que são: (i) bônus de assinatura; (ii) royalties; (iii) participações especiais; e (iv) pagamento pela ocupação da área.

O terceiro capítulo explicará o modelo internacionalmente utilizado de contrato de partilha de produção, que tem como principal característica o fato de a propriedade do petróleo ser exclusiva do Estado, sendo que apenas após a extração é que ocorre a partilha do óleo excedente com as companhias petrolíferas, introduzindo, para tanto, os conceitos de “petróleo de custo” e “petróleo de lucro”.

O quarto capítulo descreverá o novo marco regulatório introduzido após a descoberta do pré-sal, que estabeleceu o regime de partilha de produção e inovou em diversos aspectos quando comparado com o modelo internacionalmente utilizado. Ocasão em que a Petrobrás passa a ser a única operadora do pré-sal, e ainda se vê obrigada a

participar, no mínimo, em 30% (trinta por cento) de qualquer consórcio vencedor da licitação. Ademais, é analisada a criação da Pré-Sal Petróleo S/A, empresa pública que realizará a gestão dos contratos de partilha e ainda comercializará o petróleo *in natura*, outra inovação do modelo brasileiro.

O quinto capítulo tratará do leilão do campo de Libra, demonstrando a importância econômica dessa jazida, e buscará analisar os motivos que levaram a apenas um consórcio a participar do leilão, oferecendo o mínimo de óleo à União, exigido em edital, visando, desta forma, analisar as mudanças necessárias para os próximos leilões.

O último capítulo é conclusivo, onde se buscará evidenciar os pontos positivos e negativos de cada modelo, possibilitando a realização de readequações no modelo vigente para maximizar as receitas nacionais nos próximos leilões, objetivando, assim, atender aos interesses públicos e promover o desenvolvimento nacional.

2 A intervenção estatal na questão do petróleo pátrio

O petróleo é uma matéria prima de essencial importância para a vida moderna, porque é componente base para mais de seis mil produtos, como: gasolina, gás de cozinha, lubrificantes, borrachas, combustível de aviação, tintas, plásticos, e, inclusive, energia elétrica.⁶²⁰

Sua composição, segundo os geólogos, é resultado da ação da própria natureza, que transforma o material orgânico oriundos de restos de animais e vegetais em óleo e em gás natural. Tal conversão ocorre devido à ação do calor e da pressão ocorrida ao longo de milhões de anos, ação essa que atua sobre diversas camadas de depósito de restos animais e vegetais, encontradas nos fundos dos mares e dos lagos, transformando essa matéria orgânica em petróleo.

Em paralelo com a história internacional do petróleo, o Brasil, em 1864, ainda durante o Governo do Segundo Reinado, deu início aos primeiros estudos acerca da possibilidade de existência do óleo em território nacional, mas foi com o início da primeira guerra mundial que a procura por jazidas se estendeu por todo o território brasileiro, haja vista a sua importância como combustível para todos os tipos de motores da época.⁶²¹

Devido à relevância econômica do petróleo, inicia-se, com isso, o controle e a intervenção estatal nas atividades da indústria petrolífera, o que é evidenciado pela promulgação do Decreto-lei nº 395/38 que é a primeira legislação do setor petrolífero no Brasil.

Seguindo a trilha do nacionalismo e influenciado diretamente por movimentos políticos nacionais e pela imprensa brasileira, há um aumento da intervenção estatal neste setor econômico, editando, em 1941, o Decreto-lei nº 3.236, que declarou que as jazidas de petróleo e de gases naturais existentes em todo o território nacional pertenciam à União, ou seja, o óleo existente no subsolo deixava de ser uma propriedade privada, passando a ser de interesse coletivo e, portanto, pertencente a todos.⁶²²

⁶²⁰ GAUTO, Marcelo Antunes. *Petróleo S.A. Exploração, produção, refino e derivados*. Rio de Janeiro: Editora Ciência Moderna Ltda., 2011, p. 3.

⁶²¹ COSTA, Maria D`Assunção. *Comentários à Lei do Petróleo: Lei Federal nº 9.478, de 6-8-1997*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 27.

⁶²² COSTA, Maria D`Assunção, *op cit*, p. 30.

Exatamente através desse movimento nacionalista é que surge o *slogan* “o petróleo é nosso”, que defendia o monopólio estatal em sua forma integral, objetivando principalmente defender o petróleo sob a alegação de segurança nacional, impedindo a atuação dos estrangeiros e, desta forma, supostamente conservava-se a soberania nacional sobre os recursos minerais.⁶²³

Nesta época ocorreram diversos debates públicos, sendo sancionada por Getúlio Vargas, em 03/10/1953, a Lei Federal nº 2.004, que dispõe “sobre a política nacional do petróleo, define as atribuições do Conselho Nacional do Petróleo, institui a sociedade por ações Petróleo Brasil Sociedade Anônima, e dá outras providências”. Essa lei, claramente intervencionista, criou a Petrobrás e ainda definiu como monopólio da União a pesquisa e a lavra de jazidas de petróleo, o transporte marítimo do petróleo e de seus derivados, bem como a sua refinação.⁶²⁴

A criação da empresa estatal supramencionada foi tida como um marco da luta do povo brasileiro em busca da soberania e do desenvolvimento nacional. Era a vitória das manifestações pró-monopólio e o início da batalha pela autossuficiência da produção brasileira em derivados de petróleo.

Esse modelo de atuação direta do Estado na economia ocorreu por muitos anos, inclusive após a promulgação da Constituição Federal de 1988, entretanto, com a queda do muro de Berlim houve uma reviravolta política e ideológica, que deu início a debates e a transformações que levaram à promulgação da Emenda Constitucional nº 9/1995, que flexibilizou o monopólio estatal em relação ao petróleo, reformulando toda a base petrolífera nacional e dando início, dois anos depois, aos processos de concessões dos blocos de exploração.

Assim, é possível afirmar que a atuação monopolística da Petrobrás, em nome da União, durou por mais de 40 (quarenta) anos, pois teve prelúdio em 1953 e findou-se em 1997, ano da Lei do Petróleo, originária da Emenda Constitucional nº 9/1995, que estabeleceu em parte a livre concorrência no setor.

Vale mencionar que o governo continuava a ser o titular das reservas de petróleo e de gás existentes no Brasil, ou seja, o petróleo encontrado no subsolo continuava a ser de propriedade da União, entretanto, o produto da lavra tem sua titularidade transferida ao concessionário a partir da cabeça do poço, e a partir daí aquele poderia dispor livremente da matéria prima extraída.⁶²⁵

As transformações advindas com o regime de concessão evidentemente geraram enorme impacto econômico e social. A inserção do setor privado e a possibilidade de participação de investidores estrangeiros no mercado petrolífero nacional fomentaram pesquisas e a geração de empregos, chegando a ser considerada uma “revolução silenciosa”, conforme assinala Maria D`Assunção Costa:

A Lei Federal nº 9.478, originária da Emenda Constitucional nº 9/95, denominada Lei do Petróleo, está propiciando uma relevante mudança na área petrolífera e energética nacional, comparável a uma ‘revolução silenciosa’. A quebra do monopólio e a participação

⁶²³ ESPINOLA, Aida. *Ouro negro – petróleo no Brasil: pesquisa em terra, na plataforma continental e em águas profundas*. 1. ed. Rio de Janeiro: Interciência, 2013. p. 20.

⁶²⁴ COSTA, Maria D`Assunção, *op. cit.*, p. 34.

⁶²⁵ TOLMASQUIM, Mauricio Tiomno. *Marcos regulatórios da indústria do petróleo*. Rio de Janeiro: Synergia: EPE, 2011. p. 273.

da iniciativa privada no risco da exploração dos campos de petróleo com certeza trarão incentivos à economia mensuráveis no correr dos próximos anos.⁶²⁶

A flexibilização do monopólio e a decorrente abertura do setor à iniciativa privada fez com que houvesse forte expansão do negócio de petróleo no Brasil. Em menos de dez anos a produção brasileira de petróleo praticamente dobrou, e isso ocorreu, principalmente, devido à liberação do controle estatal absoluto e pelo afastamento dos problemas burocráticos e orçamentários vivenciados pelo controle do Estado.⁶²⁷

Todo progresso legislativo, aliado a avanços científicos e tecnológicos, levaram à descoberta, em 2007, de um dos maiores tesouros brasileiros: o pré-sal.⁶²⁸ As reservas de petróleo situadas na camada pré-sal do litoral brasileiro, que se estendem desde o litoral do Espírito Santo até Santa Catarina, estão na área marítima considerada zona econômica exclusiva do Brasil, o que, por si só, já coloca o Brasil como um dos detentores de maiores reservas de petróleo do mundo, ao lado de Arábia Saudita, Iraque, Venezuela e Emirados Árabes.⁶²⁹

Tendo em vista a existência desse verdadeiro “ouro negro” em solo pátrio, o Poder Executivo encaminhou, para apreciação do Congresso Nacional, uma proposta composta de quatro projetos de lei visando à criação de um novo marco legal,⁶³⁰ os quais originaram três novas leis:

- (i) Lei nº 12.351/2010, que introduziu o regime de partilha de produção e criou o Fundo Social;
- (ii) Lei nº 12.304/2010, que autorizou a criação da Pré-Sal Petróleo S.A (PPSA); e
- (iii) Lei nº 12.276/2010, que autorizou a cessão onerosa de direitos de exploração da União e a capitalização da Petrobrás.

Assim, drásticas mudanças legislativas ocorreram na área de exploração do pré-sal, principalmente por impossibilitar a utilização do regime de concessão e passar a trabalhar exclusivamente com o modelo de partilha de produção, bem como pela criação de uma empresa pública extremamente intervencionista, denominada Pré-Sal Petróleo S.A (PPSA) modelo, portanto, muito diferente do anterior.

Nesse panorama, tendo como base a importância do pré-sal na economia nacional, é preciso analisar as diferenças existentes entre os regimes de concessão e de partilha

⁶²⁶ COSTA, Maria D' Assunção, *op. cit.*, p. 52.

⁶²⁷ RAPPEL, Eduardo. *A exploração econômica do pré-sal e os impactos sobre a indústria brasileira do petróleo*. Rio de Janeiro: Mauad X: FAPERJ, 2011. p.49.

⁶²⁸ “O termo pré-sal refere-se a um conjunto de rochas localizadas em águas ultraprofundas de grande parte do litoral brasileiro, com potencial para a geração e o acúmulo de petróleo. Convencionou-se chamar de pré-sal porque forma um intervalo de rochas que se estende por baixo de uma extensa camada de sal, que em certas áreas da costa atinge espessuras de até 2.000m. O termo pré é utilizado porque, ao longo do tempo, essas rochas foram sendo depositadas antes da camada de sal. A profundidade total dessas rochas, que é a distância entre a superfície do mar e os reservatórios de petróleo abaixo da camada de sal, pode chegar a mais de 7 mil metros. As maiores descobertas de petróleo, no Brasil, foram feitas pela Petrobrás na camada pré-sal localizada entre os estados de Santa Catarina e Espírito Santo, onde se encontram grandes volumes de óleo leve. Na Bacia de Santos, por exemplo, o óleo identificado no pré-sal tem uma densidade de 28,5º API, baixa acidez, e baixo teor de enxofre. São características de um petróleo de alta qualidade e maior valor de mercado”. Disponível em: <http://www.petrobras.com.br/pt/nossas-atividades/areas-de-atuacao/exploracao-e-producao-de-petroleo-e-gas/pre-sal/>. Acesso em 01 de julho de 2014.

⁶²⁹ RAPPEL, Eduardo, *op. cit.*, p. 50.

⁶³⁰ LIMA, Paulo César Ribeiro. *Pré-Sal, o novo marco legal e a capitalização da Petrobrás*. Rio de Janeiro: Synergia, 2011. p. 23.

de produção, e ainda buscar compreender se a forte intervenção estatal auxiliará a promoção do desenvolvimento nacional.

3 Regime de concessão

O regime de concessão foi, por mais de 10 (dez) anos, a única forma possível de licitação sobre as jazidas de petróleo no Brasil, e ainda é possível em qualquer licitação que não seja referente ao pré-sal ou a áreas estratégicas,⁶³¹ assim definido pela Lei nº 12.351/2010.

Neste tipo de contrato, a propriedade do petróleo extraído é exclusiva da concessionária, que também é titular dos equipamentos e de ativos, possuindo controle sobre suas operações. Tal extração poderá ocorrer por um prazo preestabelecido e dentro de determinada área, ou seja, em um bloco petrolífero específico.

Esse modelo tem diversas peculiaridades, mas seu princípio basilar é a busca pela segurança jurídica, o que é exigido não apenas pelo concessionário, mas também pelo Poder Concedente, o que se materializa pelo contrato firmado entre a Agência Nacional do Petróleo, que regula e fiscaliza o processo licitatório no Brasil, e o vencedor da licitação.

Dessa forma, temos a compatibilização dos interesses públicos e privados, pois as partes estarão sujeitas a direitos e a deveres recíprocos e indisponíveis, vinculando-se durante o prazo previsto em edital para a realização do objeto do contrato.

Obviamente que um dos procedimentos legais e contratuais de um Estado soberano, detentor de bens públicos, é participar das rendas de sua exploração, tendo como finalidade a repartição das rendas petrolíferas com toda a sociedade brasileira, ações denominadas participações governamentais. No regime de concessão é permitida a cobrança das seguintes participações governamentais: (i) bônus de assinatura; (ii) royalties; (iii) participações especiais; (iv) pagamento pela ocupação da área.⁶³²

3.1 Bônus de assinatura

O bônus de assinatura não é uma participação governamental obrigatória em todos os contratos, entretanto é um instrumento vantajoso ao Estado, pois gera renda antes mesmo do início da exploração do petróleo. Nada mais é do que o ônus financeiro pago pelo ofertante pela obtenção da outorga dos direitos de explorar determinado bloco petrolífero, e que deverá ser pago, em parcela única, no ato da assinatura do respectivo contrato.⁶³³

O valor referente a tal bônus deve ser mensurado antes mesmo da elaboração do edital da licitação, sempre com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, visando não impedir a participação de agentes econômicos. A exigência de valores altos faz com que firmas maiores acabem sendo favorecidas, pois são as únicas

⁶³¹ Lei nº 12.351/2010, Art. 2º, V: “região de interesse para o desenvolvimento nacional, delimitada em ato do Poder Executivo, caracterizada pelo baixo risco exploratório e elevado potencial de produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos”.

⁶³² COSTA, Maria D'Assunção, *op. cit.*, p. 213.

⁶³³ *Ibidem*, p. 241.

capazes de antecipar elevadas somas de dinheiro e, assim, diminuir a concorrência no leilão, o que reduz a eficiência do processo uma vez que o pressuposto é de que um maior número de concorrente leva à elevação do preço pago. Nesse sentido, afirma Carlos Gomes:

A experiência internacional demonstra que os bônus de assinatura são cada vez menos importantes como fonte de receita para o Estado, vez que as práticas mais eficientes de licitação levam em consideração a oferta de uma maior alíquota de *royalties* e/ou *profit oil* ao Estado, ao invés de bônus de assinatura, o que assegura maior competitividade ao setor”.⁶³⁴

Sendo assim, o bônus de assinatura não deve representar a principal fonte de renda do Estado, desde que não afaste a concorrência do mercado, pois a licitação tem como objetivo a atração do maior número de concorrentes, buscando a melhor oferta possível, e não o contrário.

3.2 Royalties

A arrecadação do Estado através dos royalties não é inovação do setor petrolífero, pelo contrário, é uma das mais antigas formas de participação governamental do mundo. A palavra *royal* significa “relativo ao rei” e refere-se à contraprestação ao direito do uso de determinado objeto, concedido pelo Poder Soberano a determinada pessoa ou corporação.

Segundo a Agência Nacional do Petróleo, no que tange a extração do petróleo pelas empresas concessionárias, os “royalties são uma compensação financeira devida ao Estado Brasileiro pelas empresas que produzem petróleo no território brasileiro: uma remuneração à sociedade pela exploração desse recurso não renovável”.⁶³⁵

O seu pagamento independe de risco geológico, pois a cobrança é proporcional à produção, não tendo relação alguma com a lucratividade da concessionária. Assim, tem incidência direta sobre o volume de extração, não sendo deduzido custo algum, bastando que o poço esteja em produção para que o *royalty* seja devido.⁶³⁶

Por outro lado, o montante a ser pago é indefinido e flexível, visto ser uma obrigação de resultado, exigido apenas a partir de quando ocorrer a produção,⁶³⁷ ou seja, o recebimento de *royalty* não se trata de direito adquirido, mas de “direito condicionado a acontecimentos futuros e incertos, isto é, declaração de comercialidade do campo e programação para que possa começar a produção”.⁶³⁸

⁶³⁴ GOMES, Carlos Jacques Vieira. *O marco regulatório da prospecção de petróleo no Brasil: o regime de concessão e o contrato de partilha de produção*. Disponível em: http://www.senado.gov.br/conleg/textos_discussao.htm. Acesso em: 02 de julho de 2014.

⁶³⁵ Disponível em: <http://www.anp.gov.br/?pg=68625&m=royalties&t1=&t2=royalties&t3=&t4=&ar=0&ps=1&cachebust=1383593123956>. Acesso em: 02 de julho de 2014.

⁶³⁶ GOMES, Carlos Jacques Vieira, *op. cit.*, disponível em: http://www.senado.gov.br/conleg/textos_discussao.htm. Acesso em: 04 de julho de 2014.

⁶³⁷ Entende-se por produção, a realização de um conjunto de operações coordenadas de extração de petróleo ou de gás-natural. A primeira medição, que origina o primeiro pagamento, ocorrerá no respectivo ponto de entrega local, onde o concessionário assumirá a propriedade resolúvel do volume de produção fiscalizado e medido, conforme estabelece o decreto regulamentador.

⁶³⁸ COSTA, Maria D'Assunção, *op. cit.*, p. 243.

A sua cobrança ocorre mensalmente, a partir do mês em que se inicia a produção, sendo recolhido pela concessionária, à Secretaria do Tesouro Nacional, em moeda nacional. A alíquota dos *royalties* é preestabelecida em edital e no contrato de concessão, correspondendo entre 5% (cinco por cento) a 10% (dez por cento) do total da produção de petróleo e gás natural do campo produtor, variação esta que é estabelecida com base em diversos fatores, como, por exemplo, riscos geológicos e expectativa de produção.⁶³⁹

3.3 Participação especial

A participação especial é uma “compensação financeira extraordinária, devida pelos concessionários ao Poder Público Concedente, nos casos de obtenção de grandes volumes de produção ou de grande rentabilidade”.⁶⁴⁰

Assim, esse encargo é devido pelas concessionárias quando o bloco petrolífero explorado tem enorme potencial de lucratividade, conforme critérios estabelecidos nos arts. 21 a 27 do Decreto Federal de nº 2.705/98. Nesses casos, o pagamento deve ser feito por campo explorado, a partir do trimestre em que ocorrer a data de início de sua produção, o que ocorre “mediante a aplicação sobre a base de cálculo (lucro do campo) de alíquotas progressivas, de 10% (dez por cento) a 40% (quarenta por cento), em função do volume trimestral de produção, a partir de um volume-limite de isenção”.

Diferentemente do que ocorre com os *royalties*, a base de cálculo não é a receita bruta, mas sim, determinada alíquota sobre o lucro do campo produtor, ou seja, da receita líquida auferida pela concessionária, sendo possível, portanto, várias deduções, como, por exemplo, o bônus de assinatura, os *royalties*, os investimentos na exploração e os custos operacionais.⁶⁴¹

Exatamente por causa dessas deduções é que se encontra o problema das participações especiais, pois o contratante se vê incentivado a inflar seus gastos, fraudando informações sobre custos, buscando diminuir, apenas documentalmente, o seu lucro líquido e deixando de pagar tal encargo, ou, ao menos, parte dele.

Sabendo dessa possibilidade de fraude, a Agência Nacional do Petróleo passa a requerer das concessionárias vários documentos que comprovem a veracidade das informações relativas aos custos de sua produção, entretanto, a forma mais viável para solucionar tal caso seria a criação de um valor-limite para a dedução dos custos, mas de maneira a não prejudicar a concorrência neste mercado.

3.4 Pagamento pela ocupação da área

Essa última obrigação foi uma inovação trazida pela Lei do Petróleo e, nos termos do seu art. 51, seu pagamento deverá estar previsto no edital de licitação e ainda no contrato de concessão.

Envolve um valor unitário, em real, fixado por quilômetro quadrado ou por fração da superfície do bloco explorado, variando conforme a fase ou o período que se encontra

⁶³⁹ Disponível em: http://www.anp.gov.br/capitalhumano/arquivos/prh20/camila-formozo-fernandes_prh20_uenf_g.pdf. Acesso em: 04 de julho de 2014.

⁶⁴⁰ COSTA, Maria D'Assunção, *op. cit.*, p. 253.

⁶⁴¹ BASTOS, Ricardo Fagundes; SENA, Richard Almeida da. *Uma análise comparativa entre os modelos de concessão e de partilha do setor petrolífero*. Monografia. Universidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2010.

a concessão, bem como o tempo que o concessionário permanecerá com a exploração da área. Tal valor é reajustado anualmente, pela variação do IGP-DI a cada aniversário do contrato, devendo ser pago todo dia 15 (quinze) de janeiro do ano seguinte.⁶⁴²

Demonstra-se, portanto, que o pagamento pela ocupação ou pela retenção da área de exploração de petróleo deve ocorrer anualmente pelos concessionários, sendo que os valores já estão previamente fixados pelo Decreto nº 2.705/98, que leva em conta as características geológicas, a localização da Bacia Sedimentar em que o bloco se situa, bem como outros fatores pertinentes, como, por exemplo, a fase do processo de exploração da área e a extensão da área de exploração, que é medida por quilômetro quadrado.⁶⁴³

Imperioso expor que os recursos provenientes desta participação governamental, que em 2002 atingiu o valor de R\$146.523.482,00, são de fundamental importância para o financiamento das despesas da Agência Nacional do Petróleo, a fim de que possa realizar o exercício das atividades que lhe são conferidas por lei.⁶⁴⁴

Sendo assim, restam demonstradas as possíveis participações governamentais no modelo de concessão, algumas delas também aceitas pelo regime de partilha de produção, sistema esse que merece análise específica, principalmente para compreender o novo marco legal petrolífero do Brasil e as inovações trazidas com o modelo brasileiro de partilha de produção.

4 Regime de partilha de produção

O outro modelo comumente utilizado para exploração de gás natural e de petróleo é o regime de partilha de produção, que foi utilizado pela primeira vez em 1966, na Indonésia, quando seu povo, norteado por um sentimento nacionalista, buscou uma alternativa para o contrato de concessão que, segundo eles, estava diretamente relacionado ao período colonial.⁶⁴⁵

O regime indonésio serviu como modelo para diversos países produtores, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, pois os Estados passaram a se preocupar em assegurar sua soberania sobre os recursos minerais.⁶⁴⁶

Diferentemente do regime de concessão, no sistema de partilha de produção, a propriedade do petróleo é exclusiva do Estado, entretanto, permite-se que as empresas operem e gerenciem determinado campo petrolífero, assumindo os riscos do negócio. Desta forma, o Estado transfere para as companhias petrolíferas apenas o direito de realizar as atividades de exploração e de produção dos minerais do subsolo, sem ocorrer a transferência de quaisquer direitos de propriedade sobre o petróleo.⁶⁴⁷

⁶⁴² Disponível em: http://www.brasil-rounds.gov.br/arquivos/Seminarios_r11/jur_fiscal/seminario_juri_dico_fiscal_carlos_sanches_19032013_vfinal.pdf. Acesso em: 05 de julho de 2014.

⁶⁴³ PACHECO, Carlos Augusto Góes. *A aplicação e o impacto dos royalties do petróleo no desenvolvimento econômico dos municípios confrontantes da bacia de Campos*. Monografia – Bacharelado em Economia. Rio de Janeiro-RJ, IE/UFRJ, ago.2003.

⁶⁴⁴ *Idem*.

⁶⁴⁵ LIMA, Paulo César Ribeiro, *op. cit.*, p. 13.

⁶⁴⁶ BASTOS, Ricardo Fagundes; SENA, Richard Almeida da. *op. cit.*

⁶⁴⁷ GOMES, Carlos Jacques Vieira, *op. cit.*, disponível em: http://www.senado.gov.br/conleg/textos_discu_ssao.htm. Acesso em: 15 de julho de 2014.

Caso haja viabilidade operacional e comercial, o Estado ressarcirá as companhias petrolíferas pelos custos de investimento, exploração e manutenção, e ainda partilhará o petróleo excedente em proporção previamente estabelecida em contrato.⁶⁴⁸

Sendo assim, as Companhias Petrolíferas apenas recebem sua contrapartida caso houver sucesso nas operações, o que possibilitará a recuperação dos investimentos realizados nas fases de exploração e de desenvolvimento. A contrapartida das empresas petrolíferas ocorre de duas formas: (i) pelo recebimento de uma porcentagem fixa da produção, comumente chamada de “petróleo de custo”; e (ii) por parte do petróleo remanescente, denominado “petróleo de lucro” que corresponderá à parcela da produção que será partilhada entre o país produtor e as Companhias Petrolíferas, de acordo com o contrato de partilha de produção firmado entre as partes.⁶⁴⁹

Assim, a participação do governo no modelo de partilha de produção fica basicamente restrita à cobrança de (i) bônus de assinatura, no mesmo molde do regime de concessão; e (ii) todo óleo extraído, excluindo a parcela partilhada com a companhia petrolífera.

Ademais, no modelo de partilha, mesmo não sendo comum, o Estado pode optar se participa ou não da administração do negócio e ainda da atividade de extração do petróleo e do gás natural, dependendo da legislação interna, demonstrando que os Estados podem se associar com as companhias petrolíferas, objetivando a produção e a partilha do petróleo e do gás natural.

Independentemente da participação administrativa ou não, o Estado deixa de receber apenas dinheiro, como ocorria no sistema de concessão, e passa a receber sua parte em óleo, o que exige uma maior atuação da máquina estatal, pois há necessidade de o Estado realizar todo o procedimento de comercialização desse óleo, o que inclusive inclui seu armazenamento. Analisando as dificuldades, a maioria dos países adota a escolha pelo recebimento do valor do petróleo em moeda, ou seja, do equivalente monetário de sua parte do óleo, exatamente para não ter que realizar todas as providências acima mencionadas que tendem a aumentar os custos de transação envolvidos.

O que se vê, acima de tudo, é que a opção pela utilização do regime de partilha de produção faz com que os Estados assumam papel ativo na condução das atividades petrolíferas, o que pode significar, no mundo atual, uma importante arma política e econômica.⁶⁵⁰

Existem diversos adeptos ao modelo de partilha e a descoberta do pré-sal intensificou o debate acerca da criação de um novo marco regulatório, principalmente que institua o modelo de partilha de produção como o sistema utilizado na produção do pré-sal, o que justifica o estudo ora realizado.

5 O novo marco regulatório do pré-sal brasileiro

Em 2007, através da Resolução nº 6, o Conselho Nacional de Política Energética noticiou que testes realizados pela Petrobrás apontavam para a existência de “uma nova e significativa província petrolífera no Brasil, com grandes volumes recuperáveis

⁶⁴⁸ BASTOS, Ricardo Fagundes; SENA, Richard Almeida da. *op cit.*

⁶⁴⁹ *Idem.*

⁶⁵⁰ BASTOS, Ricardo Fagundes; e SENA, Richard Almeida da. *op cit.*

estimados de óleo e gás. Esses volumes, se confirmados, mudarão o patamar das reservas do País, colocando-as entre as maiores do mundo”.⁶⁵¹

Assim, o mesmo Conselho determinou, à Agência Nacional do Petróleo, a exclusão de todos os blocos situados na bacia do pré-sal que estavam presentes na nona rodada de licitações e que seria realizado em dezembro de 2007, ou seja, impediu a realização da licitação através do regime de concessão.

Pesquisas aprofundadas confirmaram a existência do petróleo no pré-sal, o que constituiu um marco não apenas para a indústria petrolífera brasileira. A província é realmente imensa, contando com 800 (oitocentos) quilômetros de extensão e 200 (duzentos) quilômetros de largura, estando distribuída pelas bacias do Sul e do Sudeste do Brasil, compreendendo os estados de Santa Catarina, do Paraná, de São Paulo, do Rio de Janeiro e do Espírito Santo.⁶⁵²

Há, portanto, um enorme reservatório do pré-sal, onde se vê, ainda, a existência de diversos blocos exploratórios. Hodiernamente ainda ocorrem pesquisas na região e possivelmente há novos reservatórios do pré-sal e blocos exploratórios a serem descobertos em curto prazo.

Analisando o descomunal potencial econômico da exploração petrolífera nessa região, bem como o baixo risco exploratório, o Poder Executivo Federal, em conjunto com o Congresso Nacional, visando melhor atender o interesse público e o direcionamento dessas riquezas aos objetivos de desenvolvimento nacional, resolvem estabelecer um novo marco regulatório.

Esse marco legal definiu um novo modelo como regime de exploração do petróleo nos reservatórios do pré-sal, e para tal utilizou como base o sistema de partilha de produção, mas com diversas peculiaridades e forte intervenção do Estado.

É evidente que cada nacionalidade possui suas especificidades, principalmente no tocante a regimes políticos, quadro jurídico-institucional e características particulares da indústria de petróleo e, deste modo, é compreensível a diversidade existente quanto aos marcos regulatórios,⁶⁵³ entretanto, o modelo brasileiro é realmente incomum.

5.1 O modelo brasileiro do regime de partilha de produção

Ocorre que o Brasil, com a promulgação da Lei nº 12.351/10, realmente inovou em diversos aspectos se comparado aos outros sistemas de partilha de produção existentes no mundo, podendo, inclusive, ser considerado um modelo singular.

Normalmente a lei estabelece de modo prévio, qual será o percentual mínimo do excedente do óleo que caberá à União, entretanto, o modelo brasileiro não fez tal previsão. Ademais, a lei nacional também não evidencia qual será o limite de recuperação pelas companhias petrolíferas, ou seja, não prevê o limite de recuperação do custo em óleo por parte do contratado.

Dessa forma, não se tem um limite fixado do custo em óleo que o vencedor do leilão recuperará, fazendo com que a arrecadação do Estado possa a ser menor

⁶⁵¹ CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA ENERGÉTICA. *Resolução no 06/2007*. Disponível em: < http://nxt.anp.gov.br/nxt/gateway.dll/leg/folder_resolucoes/resolucoes_cnpe/2007/rcnpe%206%20-%202007.xml#art.2>. Acesso em: 14 de julho de 2014.

⁶⁵² TOLMASQUIM, Mauricio Tiomno, *op. cit.*, p. 21.

⁶⁵³ TOLMASQUIM, Mauricio Tiomno, *op. cit.*, p. 21.

do que a decorrente do regime de concessão,⁶⁵⁴ o que ainda gera incertezas para as possíveis empresas concorrentes do certame, uma vez que as regras institucionais são extremamente fracas e ainda há toda uma problemática que envolve o aumento dos custos de transação para as empresas petrolíferas que não conhecem e não há histórico sobre o modo de como o governo atuará neste regime de partilha de produção.

Importante mencionar que as participações governamentais no novo modelo de partilha, segundo a Lei nº 12.351/2010, se limitam a duas formas: (i) bônus de assinatura; e (ii) quantidade de petróleo que será oferecido ao Estado.

No que diz respeito ao bônus de assinatura, esse encargo ocorrerá nos mesmos termos do antigo modelo de concessão, já o segundo encargo, ou seja, a quantidade recebida de petróleo pela União, se demonstra muito similar com a participação especial cobrada no regime de concessão. A diferença entre ambos, além de o primeiro ser cobrado em dinheiro, e o segundo em óleo, é o fato de que no regime de concessão o montante da participação é fixado em lei, chegando a ser cobrado 40% (quarenta por cento) da receita líquida nos grandes campos, já no modelo de partilha não há uma porcentagem exata, trazendo, conseqüentemente, novas incertezas jurídicas para as companhias petrolíferas.

Outro ponto crucial do inovador regime brasileiro de partilha foi o estabelecimento prévio de que a Petrobrás seria a única operadora do Pré-Sal e das demais áreas estratégicas, impondo sua participação mínima de 30% (trinta por cento) em qualquer consórcio vencedor para a exploração das jazidas.

Dessa maneira, a Petrobrás, com as empresas vencedoras do leilão e a Pré-Sal Petróleo S.A, empresa pública que representa os interesses da União, formarão, obrigatoriamente, um consórcio, negando, conseqüentemente, a atuação isolada das empresas estrangeiras na produção petrolífera nacional, o que certamente afetará a concorrência nos leilões, pois muitas empresas não querem fazer parcerias com a Petrobrás, haja vista que a imposição de um sócio que tem sérios problemas de governança não é algo benéfico, principalmente pelo fato de que as companhias petrolíferas formadoras do consórcio ficam sujeitas a todos os efeitos políticos não previsíveis e que geralmente são extremamente custosos.

Resta evidenciado que o modelo de partilha de produção brasileiro é extremamente intervencionista, pois obriga a participação da Petrobrás em toda e qualquer exploração petrolífera do pré-sal, não permitindo que os vencedores dos leilões operem a extração do petróleo e do gás natural.

O Estado passa então a ser investidor e a correr os riscos do negócio, deixando de lado, portanto, a grande vantagem do regime de partilha de produção é justamente o fato de não ser necessário a aplicação de capital por parte da União. Assim, o sistema de partilha adotado pelo Brasil assemelha-se mais a um regime do tipo *joint venture*.⁶⁵⁵

⁶⁵⁴ LIMA, Paulo Cesar Ribeiro. *As participações governamentais, a importância de uma política para o excedente em óleo e o fundo social*. Biblioteca Digital. Disponível em: <http://bd.camara.leg.br>. Acesso em 13 de julho de 2014.

⁶⁵⁵ *Joint venture* nada mais é do que um contrato estabelecido por duas ou mais partes que formalizam a realização de determinada atividade previamente especificada. Tem como característica básica o fato de os custos e os riscos serem compartilhados entre as empresas e o Estado produtor. Nesse regime, como há compartilhamento de riscos e custos, o Estado será responsável direto pela produção do petróleo, exatamente como ocorrerá com a obrigatoriedade da Petrobrás em ser o operador de toda extração de petróleo das jazidas do pré-sal.

Importante destacar que no regime adotado no Brasil a União não poderá receber o equivalente monetário de sua parte do óleo partilhado, ou seja, terá que receber o petróleo em sua forma física e ainda comercializá-lo.⁶⁵⁶

Para contribuir ao desencorajamento de participar dos leilões brasileiros, a administração do consórcio vencedor caberá ao seu comitê operacional composto por representantes de todos os agentes formadores do consórcio, sendo que 50% (cinquenta por cento) de seus integrantes, incluindo o Presidente, deverá ser indicado pela Pré-Sal Petróleo S.A, possuindo, desta forma, poder de veto sobre as decisões do consórcio vencedor. Trata-se de outra ingerência estatal que afasta as empresas petrolíferas, pois tal intervenção pode produzir elevados custos ao consórcio inteiro.

5.2 Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A.

A Pré-Sal Petróleo S.A (PPSA) também é denominada de Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A., e teve sua criação autorizada pela Lei nº 12.304/2010. Tem como notória característica a imposição da influência governamental nas decisões sobre o pré-sal, demonstrando a forte intervenção estatal na economia brasileira, o que pode ser prejudicial para a livre concorrência do mercado petrolífero e afastar diversas empresas que concorreriam nos leilões.

Sua criação partiu da suposta necessidade do Estado em gerenciar todo o procedimento do petróleo nacional, desde a sua comercialização, até os cuidados específicos com o armazenamento do óleo *in natura* partilhado, competindo a essa empresa a prática de todos os atos de gestão dos contratos de partilha de produção. Ocorre que não há comprovação alguma de sua necessidade, demonstrando, na verdade, ser apenas um custo adicional a todo processo.

A respeito dessa empresa pública deve ser tomado enorme cuidado com a possível corrupção em âmbito governamental, pois ela realizará diversas transações internacionais, diversamente do que ocorria no modelo de concessão, negociando um montante financeiro que é, muitas vezes, bilionário, necessitando, conseqüentemente, de um montante maior do governo federal e dos órgãos fiscalizadores.

A sua criação, conforme já exposto, não se restringe a negociação de petróleo, possuindo, ainda, outras funções estabelecidas em lei, a saber: (i) realizar a gestão dos contratos de partilha de produção; (ii) representar a União nos consórcios formados para execução do contrato de partilha de produção; (iii) cuidar dos contratos de comercialização do petróleo e do gás natural da União; (iv) representar a União em qualquer procedimento de individualização da produção, ou seja, nos casos em que dois contratantes possam ter vencido leilões diferentes, mas que contenham uma jazida interligada de petróleo, devendo, desta maneira, ser individualizada, ou então quando a área licitada se estende até determinada área não contratada; (v) analisar os dados sísmicos fornecidos pela Agência Nacional do Petróleo e pelos contratados sob o regime de partilha de produção.

Para possibilitar todas essas atribuições, a PPSA deve dispor de autonomia orçamentária e financeira adequada, possuindo, para tanto, capital social representado por ações ordinárias nominativas, totalmente de propriedade da União.⁶⁵⁷

⁶⁵⁶ LIMA, Paulo Cesar Ribeiro. *op. cit.*, Disponível em: <http://bd.camara.leg.br>. Acesso em 14 de julho de 2014.

⁶⁵⁷ LIMA, Paulo César Ribeiro, *op. cit.*, p. 31.

6 O leilão do Campo de Libra

No dia 21 de outubro de 2013, o Brasil colocou a leilão a sua maior descoberta do Pré-sal até hoje, o “Campo de Libra”, localizado na Bacia de Santos. Tal licitação é marco inicial do que os especialistas denominam como a terceira fase da história da indústria nacional do petróleo, caracterizada pela convivência entre o regime jurídico de concessão e o atual modelo de partilha, com intervenção estatal mais acentuada, haja vista que é o Estado que vai ditar a forma como se dará a exploração.

Na área de Libra existe a certeza de existência de volumes recuperáveis de petróleo de grande monta, o que explicaria a adoção do modelo de partilha. Neste campo devem ser produzidos entre 8 (oito) e 12 (doze) bilhões de barris de petróleo nos próximos 35 (trinta e cinco) anos. Além do óleo, um volume estimado em 120 (cento e vinte) bilhões de metros cúbicos de gás natural deverá ser produzido na vigência do contrato, com parte desse volume sendo reinjetado no negócio, parte sendo consumido na geração de energia da plataforma e o restante sendo ofertado ao mercado.⁶⁵⁸

Em seu pico, Libra alcançará a produção estimada de 1,4 milhão de barris por dia e 40 milhões de metros cúbicos de gás natural, com 25 (vinte e cinco) milhões de metros cúbicos diários sendo ofertados para venda. Apenas como referência, a produção total brasileira em 2013 situou-se próxima a 2,1 milhões de barris diários de petróleo, de maneira que apenas a exploração no campo de Libra representará, no seu pico, 67% (sessenta e sete por cento) de toda a produção hodierna brasileira.⁶⁵⁹

Antes da ocorrência do leilão, viu-se em todo o Brasil a eclosão de diversas manifestações contrárias à licitação, sob o principal argumento de que ocorreria a privatização do pré-sal brasileiro, o que contrariaria o interesse nacional e beneficiaria apenas as empresas multinacionais.

Tal afirmação não pode ser aceita como verdade, pois de modo algum está ocorrendo a privatização do pré-sal, pelo contrário, a Lei nº 12.351/2010, conforme já exposto, inseriu a obrigatoriedade da Petrobrás em operacionalizar a extração do petróleo do pré-sal, bem como fazer parte, no mínimo, de 30% (trinta por cento) do consórcio vencedor do leilão, sem pagar nada por isso.

No caso específico do campo de Libra, o governo estipulou em edital a porcentagem mínima de óleo excedente a ser repassada para a União, no montante de 41,65%, e esse importe propiciará ao Brasil 75% (setenta e cinco por cento) da renda a ser produzido no campo, pois corresponde ao:

- a) valor referente ao bônus de assinatura, que foi definido em 15 (quinze) bilhões de reais;
- b) valor referente aos *royalties* que deverão ser pagos pelas vencedoras do leilão pela produção do óleo e do gás natural, e que deverá totalizar 270 (duzentos e setenta) bilhões de reais;
- c) excedente em óleo na porcentagem de 41,65%, ou seja, de aproximadamente 736 bilhões de reais;

⁶⁵⁸ Disponível em: <http://g1.globo.com/economia/noticia/2013/10/e-bem-diferente-de-privatizacao-afir-ma-dilma-sobre-leilao-do-pre-sal.html>. Acesso em 18 de julho de 2014.

⁶⁵⁹ Disponível em: http://www.mme.gov.br/system/modules/br.com.mme.elements/imprensa/imprensa.jsp?urlIPdf=%7Cmme%7Cnoticias%7Clista_destaque%7Cdestaque_999034!html. Acesso em: 20 de julho de 2014.

d) imposto de renda devido pelas empresas petrolíferas, cujo valor é de 34% (trinta e quatro por cento) do lucro obtido com a produção.⁶⁶⁰

Assim, o Estado brasileiro possui, *a priori*, 75% (setenta e cinco por cento) de toda renda a ser produzida pelo campo de Libra, sendo que o consórcio vencedor dividirá os outros 25% (vinte e cinco por cento) dessa renda, lembrando que a Petrobrás, conforme já salientado, tem que obrigatoriamente fazer parte de, no mínimo, 30% (trinta por cento) desse consórcio.

Tendo em vista que todos os estudos concluíram pela existência de uma colossal reserva petrolífera em Libra, o governo federal esperava forte concorrência no leilão, entretanto, antes mesmo de sua ocorrência, ainda na fase de habilitação das companhias, viu-se que apenas 11 (onze) empresas se habilitaram para possivelmente fazer parte do leilão, ausentando-se diversas petrolíferas tradicionais.

Inesperadamente, no leilão do campo de Libra, realizado no Rio de Janeiro, houve proposta única tendo como arrematante um consórcio formado por 5 (cinco) empresas: Shell, Total, CNPC, CNOOC e a Petrobrás que participou com mais 10% (dez por cento) além dos 30% (trinta por cento) que já tinha direito. Esse consórcio realizou o pagamento à União, em novembro de 2013, do bônus de assinatura do contrato de concessão, estipulado em edital no valor de R\$15 bilhões.

A inexistência de concorrência para o produtivo campo de petróleo foi esclarecida pelos administradores das tradicionais empresas petrolíferas, que salientaram pela gigantesca interferência estatal em todo o processo da produção do óleo e do gás natural, além de elucidar o descontentamento com o forte poder político da PPSA e ainda o fato de a Petrobrás ser a única operadora da produção, o que, segundo análise internacional, pode ser um grande risco, haja vista a desvalorização e o descrédito mundial da empresa brasileira nos últimos tempos.

Mesmo assim, e por alívio nacional, houve, ao menos, uma proposta, e a Petrobrás passou a deter grande parte do consórcio estabelecido. Com isso, o Brasil não se restringiu aos 75% (setenta e cinco por cento) da renda do campo de Libra, pois como a Petrobrás passou a ter 40% (quarenta por cento) de participação no consórcio vencedor, tendo direito, portanto, de ter sua parte dos 25% (vinte e cinco por cento) da renda partilhada que deve ser dividido pelo consórcio, o que representa, para a Petrobrás, 10% (dez por cento) da renda auferida pela produção.

Resumindo: a renda destinada ao Brasil não se restringirá aos 75% (setenta e cinco por cento) previstos, pois a Petrobrás faz parte do consórcio explorador e terá direito a sua parte no óleo partilhado entre as empresas. Assim, estima-se que o Brasil ficará com 85% (oitenta e cinco por cento) da partilha do lucro de Libra.

Por todo o exposto, resta demonstrado que o leilão do campo de Libra gerará riquezas e trará diversos benefícios ao Brasil, entretanto, seu resultado não é totalmente satisfatório, pois houve apenas um consórcio participante o que alarma o governo federal para a possibilidade de não haver empresas habilitadas para concorrer nos próximos leilões do pré-sal.

Assim, o modelo brasileiro de partilha de produção deve ser repensado e reformulado, bem como toda intervenção da PPSA na política decisória do consórcio,

⁶⁶⁰ Disponível em: http://www.mme.gov.br/system/modules/br.com.mme.elements/impressao/impressao.jsp?urlP df=%7Cmme%7CNoticias%7CLista_destaque%7Cdestaque_999034/html. Acesso em: 20 de julho de 2014.

pois o que está afastando as gigantes petrolíferas da participação do leilão não é a porcentagem de óleo a ser repassado para a União, mas a demasiada intervenção estatal que traz incertezas político-econômicas e desincentiva investimentos bilionários.

7 Conclusão

O Brasil viveu por 44 (quarenta e quatro) anos sob o monopólio da exploração do gás natural e do petróleo. A esperada flexibilização veio apenas com a Emenda Constitucional nº 9, que levou à promulgação da Lei do Petróleo. Dava-se início a época das concessões e uma verdadeira revolução no setor petrolífero nacional. As empresas estrangeiras, com forte poder monetário, alavancaram a extração de petróleo em território pátrio e dobraram a produção nacional.

Restou-se demonstrado que o monopólio não é a forma mais adequada para exploração das jazidas, pois a falta de concorrência faz com que a empresa estatal estagne-se e não tenha poder financeiro para desenvolver-se tal como requer uma sociedade em crescimento. O modelo de concessão se demonstrou eficiente, principalmente no tocante à arrecadação da União das participações governamentais, pois recebia sua cota-parte em dinheiro, realocando tal valor em setores fundamentais da sociedade.

Em pouco tempo espalharam-se gigantes petrolíferas em território brasileiro. Os altos investimentos em pesquisas, propiciadas pela utilização do modelo de concessão, levaram à descoberta do provável maior tesouro brasileiro: o pré-sal.

As descobertas das jazidas que ficam embaixo da camada de sal, e que possuem enorme volume de petróleo e gás natural, se mostram com relevante papel geopolítico para o Brasil, o que pode alavancar a economia brasileira e melhorar a qualidade de vida de seu povo.

Tendo isso em vista, o Congresso Nacional, em parceria com o Poder Executivo Federal, debateu sobre a criação de um novo marco regulatório, visando a aumentar o saldo da balança comercial, a gerar novos empregos e a auxiliar o desenvolvimento nacional, resultando na promulgação das Leis de nº 12.351/2010, 12.304/2010 e 12.276/2010.

A maior mudança foi referente à impossibilidade de contratação por meio do modelo de concessão no pré-sal e outras áreas estratégicas, sendo, nesses casos, obrigatória a contratação pelo sistema de partilha de produção, em que a União deixava de arrecadar em moeda e passava a receber sua cota-parte da partilha em óleo, devendo, para tanto, fazer todo o processo de transação, o que inclui o seu armazenamento e comercialização.

O Estado passou a participar do mercado petrolífero através da criação de uma empresa pública, a PPSA, correndo todos os riscos do negócio, mas, pior do que isso, foi obrigado a comercializar valores bilionários em petróleo e em gás natural, o que abriu possibilidade para mais corrupção em um país em que a impunidade é patente.

Ademais, pode-se afirmar que o modelo de partilha de produção adotado pelo Brasil é único, diferente de todos os outros encontrados no mundo, pois é extremamente intervencionista ao obrigar a Petrobrás a fazer parte de, no mínimo, 30% (trinta por cento) de qualquer consórcio que vença o leilão, devendo ainda ser a única operadora do pré-sal e tendo poder de veto, através da PPSA, nas decisões do consórcio.

Toda inovação espantou a maioria das empresas petrolíferas internacionais que se desencorajaram a realizar investimentos bilionários frente à insegurança jurídico-exploratória. Assim, apenas 4 (quatro) empresas, mais a Petrobrás, participaram da hasta pública de Libra e ofereceram à União a parcela mínima de óleo excedente exigida em edital. Isso, por si só, não quer dizer que o leilão de Libra foi um fracasso, pois certamente a União ficará com a maior parte dos lucros de Libra, todavia o cenário se demonstra preocupante para os próximos leilões que devem ocorrer, haja vista a existência de diversos blocos petrolíferos a serem explorados na camada do pré-sal.

Desta maneira, o leilão do campo de Libra evidenciou que outros debates devem ocorrer, tanto em âmbito do legislativo, quanto do executivo, gerando mudanças e adequações que se fazem necessárias para buscar um ponto de equilíbrio na parceria público-privada, o que pode ser feito através de decretos, resoluções, portarias e novos modelos de contratos.

Mesmo assim, e independentemente do resultado do leilão ocorrido, os dois modelos de contrato de exploração do petróleo utilizados no Brasil propiciam retornos financeiros de grande monta à União, sendo difícil estabelecer a superioridade de um tipo de modelo sobre outro. Não há evidência empírica, em nenhuma parte do mundo, que assegure qual sistema é melhor, ou seja, se é o regime de concessão ou o de partilha de produção.

O Brasil encontra-se em uma posição extremamente privilegiada no que diz respeito à oferta de gás natural e de petróleo, possibilitando o desenvolvimento nacional em níveis antes inimagináveis, principalmente se analisado de médio a longo prazo, mas para tal, o governo federal deve preservar condições de concorrência, diminuindo a intervenção do Estado no setor e incentivando a iniciativa privada a investir em nossos campos petrolíferos, pois essa parceria certamente maximizará as arrecadações das participações governamentais e deverá constituir como fator propulsor para a remodelagem econômico-social do nosso país.

Referências

ANP – AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCMBUSTÍVEIS. *Anuário Estatístico do Petróleo, Gás natural e Biocombustíveis*. Rio de Janeiro: ANP, 2010.

ANP – AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCMBUSTÍVEIS. *Royalties*. Disponível em: <http://www.anp.gov.br/?pg=68625&m=royalties&t1=&t2=royalties&t3=&t4=&ar=0&ps=1&cachebu st=1383593123956>. Acesso em: 01 de julho de 2014.

BASTOS, Ricardo Fagundes; SENA, Richard Almeida da. *Uma análise comparativa entre os modelos de concessão e de partilha do setor petrolífero*. Monografia. Universidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2010.

BRASIL. Lei nº 2.004 de 1953. *Diário Oficial*, Brasília, 1953. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L2004.htm>.

BRASIL. Constituição Federal do Brasil de 1988. *Diário Oficial*, Brasília, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>

BRASIL. Lei nº 9.478 de 1997. *Diário Oficial*, Brasília, 1997. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19478.htm>.

BRASIL. Lei nº 12.276 de 2010. *Diário Oficial*, Brasília, 2010. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Lei/L12276.htm>.

BRASIL. Lei nº 12.304 de 2010. *Diário Oficial*, Brasília, 2010. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12304.htm>.

- BRASIL. Lei nº 12.351 de 2010. *Diário Oficial*, Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12351.htm>.
- CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA ENERGÉTICA. *Resolução nº 06/2007*. Disponível em: <http://nxt.anp.gov.br/nxt/gateway.dll/leg/folder_resolucoes/resolucoes_cnpe/2007/rcnpe%206%20-%202007.xml#art.2>. Acesso em: 14 de julho de 2014.
- COSTA, Maria D'Assunção. *Comentários à lei do petróleo: lei federal nº 9.478, de 6-8-1997*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- ESPINOLA, Aida. *Ouro negro – petróleo no Brasil: pesquisa em terra, na plataforma continental e em águas profundas*. 1 ed. Rio de Janeiro: Interciência, 2013.
- GAUTO, Marcelo Antunes. *Petróleo S.A. Exploração, produção, refino e derivados*. Rio de Janeiro: Editora Ciência Moderna Ltda., 2011.
- GIAMBIAGI, Fábio. *Finanças Públicas: teoria e prática no Brasil*. 4 ed. Rio da Janeiro: Elsevier, 2011.
- GOMES, Carlos Jacques Vieira. *O marco regulatório da prospecção de petróleo no Brasil: o regime de concessão e o contrato de partilha de produção*. Disponível em: http://www.senado.gov.br/conleg/textos_discussao.htm. Acesso em: 15 de julho de 2014.
- LIMA, Paulo Cesar Ribeiro. *As participações governamentais, a importância de uma política para o excedente em óleo e o fundo social*. Biblioteca Digital. Disponível em: <http://bd.camara.leg.br>. Acesso em 22 de julho de 2014.
- LIMA, Paulo César Ribeiro. *Pré-Sal, o novo marco legal e a capitalização da Petrobrás*. Rio de Janeiro: Synergia, 2011.
- NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- PACHECO, Carlos Augusto Góes. *A aplicação e o impacto dos royalties do petróleo no desenvolvimento econômico dos municípios frontantes da bacia de Campos*. Monografia – Bacharelado em Economia. Rio de Janeiro-RJ, IE/UFRJ, ago.2003.
- PETROBRÁS. Petrobrás. *Pré-Sal*. Disponível em <<http://www.Petrobrás.com.br/pt/nossas-atividades/areas-de-atuacao/exploracao-e-producao-de-petroleo-e-gas/pre-sal/>>. Acesso em 10 de julho de 2014.
- RAPPEL, Eduardo. *A exploração econômica do pré-sal e os impactos sobre a indústria brasileira do petróleo*. Rio de Janeiro: Mauad X: FAPERJ, 2011.
- ROTHBARD. Murray N. *Governo e Mercado: a economia da intervenção*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2012.
- SANCHES, Carlos Alberto. *Seminário Jurídico-Fiscal*. Disponível em: http://www.brasil-rounds.gov.br/arquivos/Seminarios_r11/jur_fiscal/seminario_juridico_fiscal_carlos_sanches_19032013_vfinal.pdf. Acesso em: 19 de julho de 2014.
- TOLMASQUIM, Mauricio Tiomno. *Marcos regulatórios da indústria do petróleo*. Rio de Janeiro: Synergia: EPE, 2011.

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

PINTO, Alcides Goelzer de Araújo Vargas e; PRADO, Felipe Augusto Brochado Batista do. O papel da intervenção estatal no leilão do Campo de Libra. In: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). Problemas emergentes da Administração Pública. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. *Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 277-293.

UMA ANÁLISE ECONÔMICA DA NOVA LEI ANTICORRUPÇÃO

ANA CLÁUDIA SANTANO
FERNANDO GAMA DE MIRANDA NETTO

1 Introdução

Em muitos países, a corrupção aparece citada como um dos problemas mais graves. Enfrentá-la de um modo global traz algumas dificuldades, pois a corrupção apresenta os mais variados sentidos em diferentes sociedades. O que é suborno para uma pessoa pode ser uma dádiva para outra.⁶⁶¹ Algumas das atividades mais corriqueiras dentro de um sistema capitalista, como realizar investimentos privados, negociar, acumular riqueza, podem ser facilmente identificadas como “corruptas” em um sistema comunista. Ou seja, o que é legal e ilegal depende do país e da cultura predominante nele.⁶⁶² Não há formas de se estabelecer um *standard* universal para determinar onde traçar a linha legal entre os presentes e os subornos ilegais e imorais. A cultura e a história são explicações, não justificativas.

Assim sendo, rechaça-se nesse trabalho uma análise da corrupção embasada em noções de moral pessoal.⁶⁶³ A proposta do presente estudo é trabalhar a corrupção a partir da Lei nº 12.846/13, que versa sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública nacional ou estrangeira, conhecida como Lei Anticorrupção. Como esta lei não traz um conceito

⁶⁶¹ Embora em grande parte dos países e culturas haja desprezo na maioria dos casos de suborno, fraude, extorsão e comissões ilícitas em contratos públicos. (In: KLITGAARD, Robert. *A corrupção sob controle*. Rio de Janeiro: Zahar, 1994. p. 19).

⁶⁶² GHEDROVICI, Olesea; OSTAPENKO, Nikolai. *The Glaring Socioeconomic meltdown in post-soviet Ukraine, Moldova and Belarus: a distorted mindset in search of a way out*. p. 206. Disponível em: <http://thejournalofbusiness.org/index.php/site/article/viewFile/19/19>. Acesso em 09.09.2014.

⁶⁶³ Cf. GARCÍA, Eloi. *Istorie Fiorentini de Maquiavelo: una primera definición moderna de corrupción. Teoría y Realidad Constitucional*. nº 25, 1º semestre. Madrid: UNED, 2010. p. 62-63; e BUSTOS GISBERT, Rafael. *Corrupción Política: un Análisis desde la Teoría y la Realidad Constitucional. Teoría y Realidad Constitucional*. nº 25, 1º semestre. Madrid: UNED, 2010. p. 72-74.

para corrupção e, considerando a grande quantidade de definições para o que seja uma ação corrupta, optou-se, para os fins desse trabalho, adotar um conceito econômico para o termo “corrupção”.

Observe-se que a proposta de trabalhar a corrupção por meio da Lei nº 12.846/13 se faz acompanhada da Análise Econômica do Direito, motivo que fundamenta a escolha de uma definição econômica para corrupção. Nesta linha de raciocínio, pretende-se: a) compreender a corrupção como um problema econômico; b) perquirir quais os efeitos legais dissuasórios; c) examinar a responsabilidade das pessoas jurídicas; d) identificar as condutas tipificadas como atos lesivos contra a Administração Pública; e) conhecer as possíveis sanções e sua dosimetria; f) questionar a existência de uniformidade na apuração dos fatos em sede de processo administrativo nas esferas federal, estadual e municipal; g) refletir sobre a viabilidade de acordos de leniência.

Antes, porém, far-se-ão algumas considerações sobre a Análise Econômica do Direito na avaliação dos impactos de normas legais.

2 Análise econômica do direito e sua utilidade na avaliação do impacto normativo

O comportamento dos indivíduos dentro de uma sociedade pode ser entendido como um reflexo da forma como a legislação vigente é aplicada. As sanções impostas pelo ordenamento jurídico são ferramentas que podem condicionar o agir das pessoas frente às normas legais. Se estas sanções não têm efetividade ou não são aplicadas de forma devida, não terão resultados na vida social, sendo o contrário também verdadeiro, ou seja, sanções efetivas também são sinônimo de eficiência das normas, com efeito direto no comportamento dos indivíduos. Este raciocínio é fundamentado na relação dos custos e benefícios, típico das ciências econômicas.

A Análise Econômica do Direito (AED) faz exatamente esse raciocínio.⁶⁶⁴ Trata-se da análise teórica dos efeitos da alteração das sanções previstas na lei e na probabilidade da sua aplicação. Os modelos do comportamento à margem da norma consideram que

⁶⁶⁴ Devido aos limites desse trabalho, não é possível dissecar detalhadamente sobre a AED, fato que não impede, contudo, de se fazer um pequeno bosquejo sobre a doutrina clássica. Ronald H. Coase elaborou um trabalho emblemático sobre o tema, estabelecendo o que se denominou posteriormente de “teorema de Coase”, que dita que se os agentes envolvidos com externalidades podem negociar (sem custos de transação) a partir de direitos de propriedade bem definidos pelo Estado, o farão e, com isso, chegarão a um acordo em que as externalidades serão internalizadas. Ocorre que a realidade não é isenta de custos, sendo estes geralmente muito altos. É nesse ponto que o Direito atua como um condicionante do comportamento dos agentes econômicos. (Cf. COASE, Ronald H. The problem of social costs. *The journal of Law and Economics*. v. III, oct., 1960. p. 15 e ss. Disponível em: <http://www.econ.ucsb.edu/~tedb/Courses/UCSBpf/readings/coase.pdf>. Acesso em 09.09.2014). Gary S. Becker também analisou o comportamento humano por meio de pressupostos econômicos. Segundo o autor, o indivíduo calcula a probabilidade de punição e a sua gravidade para a prática de crimes. Os criminosos atuam racionalmente quando verificam que os benefícios do crime superam os custos da pena. Este estudo causou muita polêmica devido aos desdobramentos morais das conclusões do autor. (Cf. BECKER, Gary S. Crime and punishment: An economic approach. *The journal of political economy*. v. 76, nº 2, mar./apr., 1968. p. 169-217. Disponível em: http://www.soms.ethz.ch/sociology_course/ becker1968. Acesso em 09.09.2014). Contudo, provavelmente o autor mais citado na AED é Richard A. Posner, que afirma que o principal fundamento da AED é aportar segurança e previsibilidade ao ordenamento jurídico, uma vez que, da mesma forma que os mercados necessitam de segurança e previsibilidade para ter um funcionamento adequado, a AED é uma ferramenta para dotar maximização, equilíbrio e eficiência às relações jurídicas. (Cf. POSNER, Richard A. *Values and consequences: an introduction to economic analysis of Law*. Disponível em: http://www.law.uchicago.edu/files/files/ 53.Posner.Values_0.pdf. Acesso em 09.09.2014).

o indivíduo age com base no raciocínio que realiza dos custos e benefícios esperados, formando o que a doutrina denomina de princípio da racionalidade.⁶⁶⁵

Entende-se que a adoção dos pressupostos econômicos ao Direito é muito útil, já que as normas têm como objetivo central a regulação do comportamento humano, sendo a Economia a área de conhecimento que avalia como o ser humano se comporta e toma as suas decisões em um contexto de recursos escassos, bem como as suas consequências. Sabe-se da dificuldade do Direito em explicar realidades sobre as que realiza um juízo de valor, da ausência de instrumento para a realização dessa análise, ou mesmo da inexistência de uma teoria jurídica que explique o comportamento humano. É nessa lacuna que a Análise Econômica do Direito pode ser uma boa ferramenta para a avaliação de prováveis consequências da aplicação de uma legislação específica por parte dos agentes sociais. A análise da forma como estes agentes responderão face à variação de incentivos é um meio objetivo de se obter um diagnóstico mais concreto, superior a um que resulte da mera intuição.⁶⁶⁶

Diante disso, tem-se que o indivíduo é um maximizador de prazer. O princípio da racionalidade dispõe que o indivíduo busca maximizar o seu prazer, a sua utilidade, a satisfação de seus interesses e desejos, com um custo mínimo. Se há conflito entre o interesse geral e interesses pessoais, normalmente o indivíduo tende a satisfazer os seus próprios interesses.⁶⁶⁷ Nesse sentido, a norma gera custos ou benefícios para o indivíduo, que podem ou não persuadi-lo a tomar uma decisão diante de uma situação específica, ou respeitando o ordenamento vigente, ou infringindo-o.

O que se propõe é a análise econômica da Lei nº 12.846/13, que objetiva criar incentivos para que agentes atuem conforme seus preceitos, na tentativa de controlar a corrupção dentro do âmbito da Administração Pública.

3 A corrupção como problema econômico

Ao tratar de corrupção, não se pode cair na tentação de querer eliminá-la. É uma utopia pensar que a corrupção poderá ser totalmente extinta, como tampouco é possível tratá-la em todos os seus aspectos. Portanto, sustentar-se-á que a dose ótima de corrupção não é zero, principalmente quando se avalia uma dada política de combate a esse fenômeno. Também se adotará a metáfora econômica elaborada por Klitgaard, que diz que o agente, diante de um suborno, faz um cálculo no qual ele pesa os potenciais lucros pessoais de aceitar o suborno, assumindo o ato corrupto, face aos custos pessoais de agir dessa forma.⁶⁶⁸ Com isso, assume-se que corrupção, para os fins da análise que se propõe, existirá quando um indivíduo coloca seus interesses pessoais sobre os das pessoas de forma ilícita e contra os ideais que ele se comprometeu a cumprir.⁶⁶⁹

⁶⁶⁵ DONÁRIO, Arlindo. *Análise econômica do Direito: probabilidade umbral*. Instituto Nacional de Administração. 2010. Disponível em: <http://www.universidade-autonoma.pt/upload/galleries/probabilidade-umbral.pdf>. Acesso em 09.09.2014.

⁶⁶⁶ Nesse sentido, conceitua Ivo T. Gico Jr.: "A Análise Econômica do Direito, portanto, é o campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências." (In: GICO JR., Ivo T. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. *Economic analysis of Law review*. v. 1, nº 1, jan./jun., 2010. p. 8).

⁶⁶⁷ DONÁRIO, Arlindo. *Op. Cit.*

⁶⁶⁸ KLITGAARD, Robert. *Op. Cit.* p. 13.

⁶⁶⁹ KLITGAARD, Robert. *Op. Cit.* p. 11.

Os críticos dessa vertente econômica da corrupção afirmam que definições de corrupção centradas no mercado ignoram o seu impacto ético e não incluem no exame outros elementos como responsabilidade, justiça, lealdade profissional e comportamento ético da Administração Pública, o que tornaria o resultado da análise deficiente ou unilateral.⁶⁷⁰ Por outro lado, dentro de uma visão econômica, há quem afirme que a corrupção pode ser vista como algo positivo, quando desempenha um papel útil, principalmente em países em desenvolvimento.⁶⁷¹ A corrupção pode ter a sua utilidade para o desenvolvimento, ou mesmo não valer a pena ser combatida devido aos custos de estratégias anticorrupção. Nesse sentido, os pagamentos advindos por meio da corrupção criam um tipo de mecanismo de mercado onde a burocracia é complicada e difícil, os serviços públicos escassos, não sendo prestados sequer para os que cumprem os requisitos burocráticos e que não desejam pagar a propina. Mediante o pagamento de subornos, o serviço público é realizado com mais eficiência,⁶⁷² gerando desenvolvimento. Se a burocracia aumenta enormemente os custos de um projeto ou um contrato, notadamente em casos que há a prestação de serviços escassos por parte do Estado, mesmo quando o solicitante observou todas as regras atinentes a este serviço e ainda assim não o logra, muito provavelmente haverá subornos que reduzam esses custos, “viabilizando” o desenrolar dessa enredada burocracia.⁶⁷³

Ainda, a corrupção pode ser vista como algo que possibilita a articulação de grupos sobre a formulação e a adoção de políticas públicas. Ou seja, a compra de favores dos burocratas faz com que se implementem políticas públicas que favoreçam a mais agentes, além dos que participaram da operação ilícita, como podem ser os subornos para obter investimentos em determinado setor. São decisões não legitimadas política ou administrativamente, tendo sido apropriadas pelos burocratas, mas que ao final terminam sendo viabilizadas – ainda que de forma perversa – aos que mais se interessam por ela. Aqui se entende que não há como se evitar as forças do mercado, uma vez que a corrupção será um mercado ilícito diante do mercado lícito, porém ineficiente, possivelmente viabilizando investimentos que não eram uma prioridade do Estado sem o pagamento de propina.⁶⁷⁴

Outro contexto em que a corrupção pode ser um fator positivo é dentro de organizações. Devido à grande malha burocrática, pode ocorrer que a organização não esteja recebendo todos os recursos públicos que precisa para manter as suas atividades, como instalações muito precárias, falta de material de escritório, etc. Por meio de uma quantidade limitada de roubos, elaboração de falsos relatórios de gastos, “taxas de urgência” e outros, a organização pode formar um fundo tipo “caixinha” para suas despesas, favorecendo a sua operação e o cumprimento de seus objetivos. Como exemplo

⁶⁷⁰ BREI, Zani Andrade. Corrupção: dificuldades para definição e para um consenso. *RAP – Revista de Administração Pública*. v. 30, nº 1, jan./fev. Rio de Janeiro: FGV, 1996. p. 67.

⁶⁷¹ BARDHAN, Pranab. Corruption and development: a review of issues. In: HEIDENHEIMER, Arnold. J.; JOHNSTON, Michael (eds.). *Political Corruption – Concepts & context*. 3. ed., New Jersey: Transaction, 2002. p. 324.

⁶⁷² Sobre o princípio da eficiência, cf. HARGER, Marcelo. Reflexões iniciais sobre o princípio da eficiência. Disponível em: <http://www.hargeradvogados.com.br/blog/reflexoes-iniciais-sobre-o-principio-da-eficiencia>. Acesso em 12.09.2014.

⁶⁷³ ROSE-ACKERMAN, Susan. *La corrupción y los gobiernos – causas, consecuencias y reforma*. Madrid: Siglo XXI de España, 2001. p. 17-19.

⁶⁷⁴ LEFF, Nathaniel. Economic development through bureaucratic corruption. In: HEIDENHEIMER, Arnold. J.; JOHNSTON, Michael (eds.). *Political Corruption – Concepts & context*. 3. ed., New Jersey: Transaction, 2002. p. 307 e ss.

cita-se um programa humanitário, onde não há recursos para reembolsar despesas de transporte, alimentação e alojamento dos agentes. Os atos de corrupção, nesse caso, servem para colaborar com o alcance dos objetivos desse programa.⁶⁷⁵

Todas essas situações referem-se aos “benefícios de funcionamento” que resultam de certos atos de corrupção, mas não da corrupção sistêmica que provavelmente existe na grande maioria das decisões tomadas. Ou seja, se o sistema vigente é ruim, a corrupção pode ser em certo sentido benéfica, já que, em função do crescimento econômico, a única situação pior que uma sociedade com uma burocracia muito rígida, ultracentralizada e desonesta, é a que tem uma burocracia rígida, ultracentralizada e honesta, parafraseando Samuel P. Huntington.⁶⁷⁶

Contudo, não há como defender a corrupção como um fator de desenvolvimento ou de progresso em absoluto.⁶⁷⁷ Obviamente que, à medida que se aumentam as provas de corrupção nos países em desenvolvimento, nota-se que os efeitos da corrupção ultrapassam – em muito – eventuais benefícios sociais, inclusive porque tais benefícios frequentemente são ocasionais. Isso porque os custos da corrupção em países em desenvolvimento muito provavelmente excederão seus benefícios, exceto em casos de corrupção de alto nível envolvendo incentivos modernos e desvios marginais, como também em situações nas quais a corrupção seja a única solução para passar um importante bloqueio ao desenvolvimento.⁶⁷⁸

No caso brasileiro, a necessidade de combate à corrupção é evidente. Percebe-se que a sua presença tornou-se sistêmica, alcançando um longo elenco de instituições.⁶⁷⁹ Com dados de 2013, segundo o ranking de percepção à corrupção elaborado pela Transparência Internacional, o Brasil encontra-se na posição 72^o, de 177 países.⁶⁸⁰ Os custos referentes à corrupção também superam enormemente quaisquer benefícios que possa advir dela. A partir de dados de 2008, a Federação das Indústrias do Estado de São Paulo divulgou, por meio de relatório, que o custo médio anual da corrupção estimado é de R\$41,5 bilhões, o que corresponde a 1,38% do Produto Interno Bruto do país.⁶⁸¹ Diante das carências que o Brasil possui, não se pode negar o efeito nefasto do desvio desse montante para a satisfação de interesses particulares.

Sob este enfoque justificam-se todos os esforços de combate à corrupção, e é devido a isso que a Lei nº 12.846/13 tem forte relevância no ordenamento jurídico.

⁶⁷⁵ KLITGAARD, Robert. *Op. Cit.* p. 49.

⁶⁷⁶ HUNTINGTON, Samuel P. Modernization and corruption. In: HEIDENHEIMER, Arnold. J.; JOHNSTON, Michael (eds.). *Political Corruption – Concepts & context*. 3. ed., New Jersey: Transaction, 2002. p. 258.

⁶⁷⁷ BATISTA, Antenor. *Corrupção: fator de desenvolvimento?*. São Paulo: Letras e letras, 1991. p. 43 e ss.

⁶⁷⁸ NYE, Joseph. Corruption and Political Development: A Cost-Benefit Analysis. In: HEIDENHEIMER, Arnold. J.; JOHNSTON, Michael (eds.). *Political Corruption – Concepts & context*. 3. ed., New Jersey: Transaction, 2002. p. 297-298.

⁶⁷⁹ As piores avaliadas pela opinião pública, segundo dados da Transparência Internacional, foram os partidos políticos e o Poder Legislativo. (http://www.transparency.org/country#BRA_PublicOpinion. Acesso em 09.09.2014).

⁶⁸⁰ Dados constantes em: <http://cpi.transparency.org/cpi2013/results/>. Acesso em 09.09.2014.

⁶⁸¹ FIESP. *Relatório Corrupção: custos econômicos e propostas de combate*. Disponível em: www.fiesp.com.br/arquivo-download/?id=2021. Acesso em 09.09.2014.

4 Efeitos dissuasórios de leis anticorrupção

O surgimento de corrupção depende da existência de oportunidades e de incentivos verificados por aqueles que se envolvem com ela. Políticos, burocratas e indivíduos devem ser vistos como seres racionais que estudam e avaliam o potencial de ganhos por meio de atos corruptos e que tomam decisões com base em oportunidades, incentivos e custos, ou seja, em princípios típicos de mercado.⁶⁸²

Dentro de um contexto de campanhas anticorrupção, as normas compõem um arcabouço vital para dissuadir o corrupto a praticar atos ilícitos. Uma reforma estrutural deve ser prioridade. Programas públicos identificados como foco de corrupção devem ser eliminados. Caso isso não seja possível – como no caso de impostos em que não se pode deixar de arrecadar somente porque a repartição competente é corrupta – tais programas devem ser redesenhados, limitando o poder discricionário dos funcionários ou redirecionando o sistema administrativo para reduzir os lucros à disposição dos funcionários. A lei penal deve vir posteriormente, em um segundo momento.⁶⁸³

As estratégias de sanção para atos corruptos devem se centrar tanto no aumento do efeito dissuasório da descoberta, do castigo e da pena da conduta, quanto também em premiar aqueles que colaboram nessa tarefa de repressão, que se apresentam com documentos que comprovem a existência de operações corruptas, por exemplo. Como já foi afirmado, parte-se do pressuposto que o nível ótimo da corrupção não é zero, nem mesmo quando não há nenhum benefício aos subornadores. A partir disso, tem-se em consideração o custo da prevenção e logo se segue à avaliação do nível de gastos com a dissuasão, ponto no qual os benefícios marginais devem ser equivalentes aos custos marginais.⁶⁸⁴

A dissuasão do comportamento do agente tendente à corrupção dependerá dos custos impostos pelo ordenamento, como a perda da reputação ou o constrangimento, o pagamento de pesadas multas, o risco da revelação, etc. Altas penas costumam dissuadir a corrupção, porém uma alta probabilidade de descoberta possui mais força e somente pode ser alcançada por meio da promessa de penas mais brandas para os que colaboram. O raciocínio é: sempre são necessárias duas partes para realizar atos de corrupção. Para que se possa coibir a sua consumação, a lei deve dissuadir pelo menos uma dessas partes. Como exemplo cita-se a divisão entre corrupção ativa e passiva,⁶⁸⁵ bem como um eventual tratamento menos severo para os que pagam o suborno, ao contrário dos que recebem, já que estes últimos é que tinham o dever de obedecer aos princípios da Administração Pública.⁶⁸⁶

Por outro lado, uma estrutura de sanções baseada no prejuízo social causado pelos subornos pode ser uma boa opção. Aqui consideram-se três classes de serviço

⁶⁸² ROSE-ACKERMAN, Susan. *The political economy of corruption*. p. 31. Disponível em: <http://www.adelinotorres.com/economia/a%20economia%20politica%20da%20corrup%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em 09.09.2014.

⁶⁸³ ROSE-ACKERMAN, Susan. *La corrupción...* p. 94.

⁶⁸⁴ STIGLER, George. The optimum enforcement of Laws. In: BECKER, Gary S.; LANDER, William M. (eds.). *Essays in the economics of crime and punishment*. New York: National Bureau of Economic Research, 1974. p. 60.

⁶⁸⁵ Rose-Ackerman entende que não é de grande utilidade esta classificação, uma vez que, na prática, acaba não tendo diferença, já que ambas as partes devem estar de acordo antes de praticar o ato corrupto. (Cf. ROSE-ACKERMAN, Susan. *La corrupción...* p. 73).

⁶⁸⁶ ROSE-ACKERMAN, Susan. *La corrupción...* p. 72-73.

público,⁶⁸⁷ sendo um perfeitamente legal; outro legal, porém escasso; e outro que não é escasso se prestado com justiça. No caso do serviço legal, o prejuízo social da corrupção é a distorção introduzida pelos pagamentos corruptos. Se o serviço é legal, porém escasso, o funcionário corrupto privilegia quem paga o suborno em detrimento dos que cumprem os requisitos legais, mas se recusam a pagar, sendo este o prejuízo social causado. Por último, o serviço é legal, mas torna-se escasso devido à má conduta dos funcionários, que solicitam o pagamento de suborno para a sua prestação, sendo a distorção criada pela solicitação de subornos por funcionários. Diante disso, os custos sociais dependerão do prejuízo social causado pela utilização de critérios de disposição para o pagamento de suborno, contra a ineficiência e as desigualdades de esforços dos funcionários na criação de gargalos e de escassez.⁶⁸⁸

Frente a esta avaliação, tem-se que em algumas situações as quais se entende que o suborno não é tão reprovável (como em casos de serviços legais), deverá haver sanções vinculadas aos prejuízos sociais causados, não aos benefícios recebidos. Já quando há clara reprovação da prática do pagamento de subornos, as sanções devem se vincular ao benefício obtido pela corrupção.⁶⁸⁹ No caso de funcionários, as sanções devem se conectar com a quantia de pagamentos que recebem a título de suborno e a probabilidade que há para a sua descoberta. Por isso a sanção não deve ser um valor fixo.⁶⁹⁰ Se as penas não aumentam conforme os lucros obtidos pela corrupção tanto para os que pagam o suborno, quanto para os que o recebem, pode ocorrer uma subida considerável da corrupção.

No entanto, nada disso é possível se não houver meios probatórios da ocorrência de corrupção. Trata-se de uma tarefa complicada, porque os que realizaram a operação corrupta frequentemente são os únicos que têm conhecimento dela. A probabilidade da sua descoberta aumenta ou diminui, dependendo dos incentivos que tenha algum dos participantes do negócio ilícito de denunciar. É nesse contexto que as promessas da polícia e as previsões legais sobre o abrandamento da pena face à colaboração e à denúncia costumam ser essenciais para a efetividade das leis anticorrupção e o aumento da probabilidade de revelação do caso.⁶⁹¹ Para uma efetiva dissuasão, deve haver prêmios reais para o que denuncia.

⁶⁸⁷ Para outra classificação de serviço público na doutrina brasileira, cf. VALLE, Vivian Lima López. Serviço público, desenvolvimento econômico e a nova contratualização da Administração Pública: o desafio na satisfação dos direitos fundamentais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. *Globalização, direitos fundamentais e Direito Administrativo. Novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 275.

⁶⁸⁸ ROSE-ACKERMAN, Susan. *La corrupción...* p. 74.

⁶⁸⁹ Como já afirmado, o fator cultural possui relevante influência sobre a corrupção. Contudo, o suborno geralmente é visto como algo negativo, danoso e ilícito. (Cf. NOONAN JR., John T. *Bribes*. New York: Macmillan, 1984. p. 685 e ss.). Por isso recomenda-se que também se incluam os presentes recebidos por funcionários públicos, por exemplo.

⁶⁹⁰ ROSE-ACKERMAN, Susan. *Corruption: a study in political economy*. New York: Academic Press, 1978. p. 109-135. A autora afirma que a sanção esperada deve aumentar em mais de um dólar por cada aumento de dólar no valor do suborno.

⁶⁹¹ Aqui se menciona como exemplo um serviço escasso, porém legal, no qual nem aqueles que pagam o suborno, como também os que recebem denunciarão voluntariamente a transação corrupta. Tal cenário pode se alterar quando há a eliminação de alguma das partes no processo, eliminando suas vantagens e gerando frustração e decepção por parte do agente eliminado. Este agente tem motivação para denunciar o esquema. (ROSE-ACKERMAN, Susan. *La corrupción...* p. 77). Geralmente as denúncias decorrem de frustração, já que ninguém deseja perder dinheiro ou deixar de ganhá-lo quando se envolve com corrupção. Nesse sentido, cf. ALAM, Muhammad Shahid. A theory of limits on corruption and some applications. *Kyklos*. v. 48, n. 3, aug. 1995. p. 419-435.

Outro fator de fundamental importância é a distinção entre empregados, representantes e cargos de alto nível da(s) empresa(s) envolvida(s) no caso descoberto de corrupção. Geralmente as propinas são pagas pelos empregados e representantes e não pelos que ocupam a alta direção. Estas propinas provavelmente possibilitarão a obtenção do negócio, e muito provavelmente foram facilitadas pelos diretores e proprietários da(s) empresa(s) para os seus subordinados. Esta distância permite que a alta cúpula mantenha-se à margem da transação. Nesse sentido, é importante que a legislação anticorrupção possua ferramentas de avaliação de comportamento interno da empresa que se envolve em uma suspeita de corrupção. A adoção de códigos de conduta e de uma política de *compliance*⁶⁹² pode ser uma atenuante de pena, ou mesmo de sua eliminação como um verdadeiro indulto, restando a sanção somente para os envolvidos pessoas físicas. Porém, a previsão de recompensas para informantes internos pode ser um problema, já que, se a corrupção dentro da empresa for sistêmica, o informante pode correr riscos de sanções disciplinares por parte dos superiores corruptos ou por colegas de trabalho. Muitas vezes, nesses casos, a denúncia de corrupção recai somente sobre o informante, como uma represália, um castigo por este ter tomado a decisão de denunciar.

Obviamente que estas são suposições de um provável comportamento diante de uma Lei Anticorrupção genérica analisada com base em incentivos. O molde da legislação é determinante para a confirmação ou não dessas premissas. E é nessa linha de raciocínio que a Lei nº 12.846/13 será examinada.

5 A produção de incentivos condicionantes de comportamento na Lei nº 12.846/13

Para que a norma em questão possa ser devidamente avaliada segundo a lógica de custos e benefícios (conforme dita a Análise Econômica do Direito), faz-se necessário um recorte no objeto em exame. Assim, somente serão analisados elementos presentes na realidade que são tidos como relevantes, considerando a racionalidade dos agentes. Novamente descarta-se a análise de fatores culturais e sociais, embora se reconheça a influência que estes pontos exercem na reação à norma. Nesse sentido, os pontos de análise serão os que se encontram no texto da Lei nº 12.846/13 e que tenham o condão de criar incentivos ou de inibir a conduta de agentes. Assume-se, portanto, que a própria lei pode provocar mudanças de comportamento, sendo um dos objetivos da análise verificar a sua eficácia na redução de atos praticados por pessoas jurídicas contra a Administração Pública nacional e estrangeira.

⁶⁹² *Compliance* é um conceito que significa a conformação de agir de acordo com leis, regulamentos, regras, protocolos, padrões e especificações estabelecidas. A questão crítica é em torno do custo da *noncompliance*, que pode ser com base na esfera civil, criminal, de reputação, financeira ou de mercado (Cf. TARANTINO, Anthony. *Governance, Risk, and Compliance Handbook: Technology, Finance, Environmental, and International Guidance and Best Practices*. New Jersey: Wiley, 2008. p. 21-22).

Para tanto, reconhece-se o conceito de pessoas jurídicas em sentido amplo,⁶⁹³ bem como a mudança de paradigma no que tange à imputação de responsabilidade. Em leis anteriores, notava-se que o núcleo da responsabilização eram as pessoas físicas, como na Lei nº 8.112/90 (que dispõe sobre os servidores públicos federais); a Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) e a Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações). Este conjunto era complementado pelas disposições constantes no Código Penal sobre corrupção. Agora com a Lei nº 12.846/13, a conduta da própria pessoa jurídica gera a punição.

5.1 Da responsabilização – quem está submetido à lei

A responsabilização da pessoa jurídica será objetiva, ou seja, basta a comprovação da prática do ato ilícito pela pessoa jurídica, o dano e o nexo de causalidade entre um e outro.⁶⁹⁴ Com a previsão de responsabilidade objetiva da pessoa jurídica há um claro aumento na probabilidade de uma condenação, uma vez que se rompe com a necessidade de demonstração de culpa ou de dolo. Contudo, embora não se exclua a responsabilidade de dirigentes e administradores envolvidos diante da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, estes responderão na medida da sua culpabilidade, o que requer um lastro probatório robusto para que exista a condenação. Nesse sentido, destaca-se a frequente dificuldade de obtenção dessas provas em casos de corrupção, o que poderá frustrar a condenação dos agentes em si.⁶⁹⁵

O campo de aplicação da norma demonstra o seu caráter punitivo, uma vez que transmite uma mensagem de que todos estão sujeitos a ela sem limite. Um sinal disso é a ampliação expressiva da responsabilidade da pessoa jurídica na hipótese de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária; o uso de definições bastante amplas, não só para o que se deve entender por pessoa jurídica, mas também o que abrangerá a “Administração Pública” e o sentido de servidor público (art. 5º e parágrafos), bem como o elevado grau de discricionariedade no momento de avaliar

⁶⁹³ Ubirajara Costódio Filho afirma que a lista constante no parágrafo único do art. 1º da lei é exemplificativa, do tipo aberto, sendo a norma perfeitamente aplicável com as pessoas jurídicas arroladas no art. 44 do Código Civil, como as organizações religiosas, os partidos políticos e as empresas individuais de responsabilidade limitada, embora não estejam explícitas na Lei nº 12.846/13, bem como as empresas públicas, ainda que de forma limitada. Como o autor traz uma leitura ampla do texto legal, favorecendo a aplicabilidade da lei, julga-se esta ampla interpretação como a mais correta. (Cf. COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. Capítulo I – Disposições Gerais. In: SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Mateus; COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. *Comentários à Lei nº 12.846/2013: Lei Anticorrupção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 78-81).

⁶⁹⁴ Para uma análise pormenorizada da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica e seus pontos polêmicos dentro do contexto da Lei nº 12.846/13, cf. ORTOLAN, Marcelo Augusto Biehl; ROCHA, Igor Gomes; REIS, Felipe Andres Pizzato. Combate à corrupção nas licitações e contratos públicos: questões centrais do Projeto de Lei nº 6.826/2010. In: GONÇALVES, Guilherme de Salles; GABARDO, Emerson (coord.). *Direito da infraestrutura: temas de organização do Estado, serviços públicos e intervenção administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 161-167.

⁶⁹⁵ NÓBREGA, Antônio Carlos. A nova lei de responsabilização de pessoas jurídicas como estrutura de incentivos aos agentes. *Economic analysis of Law review*. v. 5, n. 1, jan./jun., 2014. p. 143. Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Rafael Vêras de Freitas entendem que, para a comprovação do dolo ou da culpa grave dos dirigentes e administradores da pessoa jurídica, também deve haver a identificação desse dolo como algo específico, direcionado a lesar a probidade da Administração Pública, o que não abrange os inábeis e os imperitos, seguindo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. (Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. A juridicidade da lei anticorrupção – reflexões e interpretações prospectivas. *Fórum Administrativo*. v. 14, n. 156, fev. 2014. Disponível em: <http://dspace.xmlui/bitstream/item/9896/PDIexibepdf.pdf?sequence=1>. Acesso em 17.08.2014).

as condutas. Com base nessa primeira leitura, pode-se afirmar que a Lei nº 12.846/13 poderá dissuadir as pessoas jurídicas de se envolver em atos de corrupção, considerando que a probabilidade de condenação é bastante alta.

5.2 Os tipos administrativos que serão entendidos como atos lesivos à Administração Pública

No que tange às condutas tipificadas como atos lesivos contra a Administração Pública nacional ou estrangeira que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra os princípios da administração pública⁶⁹⁶ ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil,⁶⁹⁷ embora pareça que o legislador quis elencar muitas hipóteses, não foi o que ocorreu. Basta uma primeira leitura do art. 5º da lei que se percebe que o legislador privilegiou ações conectadas a licitações e a contratos, que inclusive já constam na Lei de Licitações, porém, sem a possibilidade de responsabilização objetiva.⁶⁹⁸ Se a corrupção tem diversas faces, os tipos administrativos também deveriam acompanhar essa pluralidade. Condutas como o tráfico de influência não parecem estar claramente previstas, ou a obtenção de informações privilegiadas. Além disso, a expressão “vantagem indevida”, constante no inciso I, não se define bem, uma vez que se pode questionar se existe alguma vantagem devida dentro do contexto abordado pela lei. Ou seja, no afã de preencher todas as hipóteses possíveis, o legislador acabou praticamente limitando a corrupção à possibilidade de cartéis em licitações e contratos, o que motiva os agentes a encontrarem desvios para praticar atos de corrupção não incluídos.

Ainda, nesse sentido, verifica-se que há diversas condutas que, para sanar qualquer lacuna que pudesse existir, são tipificadas de forma flexível e muito pouco objetiva, concedendo um alto grau de discricionariedade ao que aplicará a norma. Os próprios princípios da Administração Pública já possuem certa elasticidade,⁶⁹⁹ o que por si só já confere ao Estado uma ampla margem de atuação.⁷⁰⁰ Muito provavelmente neste ponto a lei gerará novas modalidades de corrupção, principalmente se confrontado com o procedimento administrativo para a apuração dos fatos, que se verá adiante.

⁶⁹⁶ Para uma análise sobre a Lei de Improbidade Administrativa, cf. BITENCOURT NETO, Eurico. *Improbidade administrativa e violação de princípios*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 108 e ss.

⁶⁹⁷ Cita-se como exemplo: a) A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, aprovada por meio da resolução 58/4 e apresentada na Conferência Política de Alto Nível, em Mérida, Yucatán, México (9 a 11 de dezembro de 2003). Tal convenção foi firmada por 95 países na ocasião e ratificado pelo Brasil pelo Decreto 5.687/06, em 31 de janeiro; b) Convenção das Nações Unidas contra a Delinquência Organizada Transnacional, aprovada pela Assembleia Geral pela resolução 55/25, de 15 de novembro de 2000, firmada pelos países entre 12 e 15 de dezembro do mesmo ano em Palermo, Itália; c) Convenção Interamericana contra a Corrupção celebrada pela Organização dos Estados Americanos (OEA), aprovada em uma Conferência Interamericana Extraordinária e aberta a assinaturas em Caracas, em 29 de março de 1996. Sua entrada em vigor foi em 6 de março de 1997; d) Convenção para Combater Subornos de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais firmada em 17 de dezembro de 1997 pela Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OECD).

⁶⁹⁸ ORTOLAN, Marcelo Augusto Biehl; et al. *Op. Cit.* p. 170.

⁶⁹⁹ BITENCOURT NETO, Eurico. *Op. Cit.* p. 118-120; SALGADO, Eneida Desiree. Abuso de Poder Político e Moralidade Administrativa na Legislação Eleitoral. In: GUIMARÃES, Edgar (Org.). *Cenários do Direito Administrativo: estudos em homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 227-251; e MARRARA, Thiago. O conteúdo do Princípio da Moralidade: probidade, razoabilidade e cooperação. In: MARRARA, Thiago (org.). *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 162-163.

⁷⁰⁰ NÓBREGA, Antônio Carlos. *Op. Cit.* p. 144.

A alta discricionariedade aportará um peso importante que incentivará o investigador malfeitor a lucrar com a corrupção. A partir do momento que essa imprecisão gerar lucros para os agentes públicos que deverão aplicar a norma, ela não os dissuadirá a não praticar o ato de corrupção, mas o contrário, os motivará a maximizar o possível lucro.

Nota-se também que algumas condutas requerem comprovação, como o inciso II e III,⁷⁰¹ o que pode terminar frustrando a oportunidade de sanção devido à dificuldade de comprovação da corrupção tipificada. Geralmente os agentes envolvidos em atos de corrupção sabem como lidar com o sistema, conhecem em profundidade o funcionamento e os mecanismos para ocultar seus delitos. Se o conhecimento que os agentes detêm são suficientes para ocultar eficazmente a consumação das condutas previstas nos incisos II e III, a norma não servirá para dissuadir as partes para a prática do ato ilícito. Nesses casos em específico, a probabilidade de descoberta das condutas deve ser aumentada por benefícios à denúncia por uma das partes, caso contrário, haverá situações em que não se comprovará o ato e não ocorrerá a efetividade da lei. Nem mesmo a ausência de provas será sanada pela possibilidade de realização de acordos de leniência contida na lei, porque as disposições para a celebração desse acordo também não são favoráveis, como se verá mais adiante.

Apesar disso, não parece adequado que a norma preveja tipos tão pouco objetivos, embora desde um ponto de vista econômico isso possa dissuadir as pessoas jurídicas em participar de operações assim, devido à ampliação do poder de sanção do Estado, o que *a priori* pode fazer com que elas se esforcem para não agir de forma a gerar uma punição. Contudo, essa falta de objetividade pode criar benefícios para os aplicadores da lei, acarretando em arbitrariedades que eventualmente podem originar novos focos de corrupção, como extorsão.

5.3 As sanções previstas e a sua dosimetria

A Lei nº 12.846/13 prevê dois tipos de sanções: multa e obrigatória publicação extraordinária da decisão condenatória. Aliando esses dois tipos, a norma busca atingir dois aspectos bastante relevantes das pessoas jurídicas: o econômico e o da imagem. Entretanto, elas só terão efeito dissuasivo se gerarem custos maiores que os possíveis benefícios auferidos.

Sobre as multas, nota-se que os valores são muito expressivos, podendo ser de 0,1% a 20% do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação. Caso não seja possível utilizar-se esse critério, a multa variará entre R\$6.000 e R\$60 milhões. Se antes as sanções se limitavam a consequências sobre a possibilidade de contratação com a Administração Pública, a multa nesse formato pode alcançar montantes importantes, na casa dos milhões de reais, o que torna muito mais onerosa a prática do ato corrupto, podendo influir diretamente no comportamento do agente.⁷⁰²

⁷⁰¹ Art. 5º. Constituem atos lesivos à administração pública... [...] II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei; III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados.

⁷⁰² Aqui cabe mencionar o risco do *bis in idem* face a outras normas que regulam determinados setores da economia e que já dispõem de multas para pessoas jurídicas aplicadas por entidades e órgãos públicos por práticas irregulares

Na maioria dos casos verifica-se que o ganho máximo estimado dos agentes corruptos está relacionado ao valor da licitação ou ao contrato administrativo objeto da operação. O efeito dissuasório da multa será quando ela ultrapassar esse valor, sendo este valor também o critério de aplicação dessa multa. Como a própria lei prevê que a multa não será jamais inferior à vantagem auferida, entende-se que provavelmente haverá custos além dos benefícios na operação corrupta.

Por outro lado, há tipos administrativos que requerem a utilização de outros critérios para a dosimetria da multa, como é o caso do inciso V do art. 5º.⁷⁰³ Nestas hipóteses, é fundamental avaliar a situação econômica da pessoa jurídica e o seu faturamento, além dos outros critérios descritos no art. 7º.⁷⁰⁴ Estas diretrizes podem ter o condão de condicionar o comportamento dos agentes, principalmente se há a sensação de que a lei está sendo definitivamente cumprida. O temor de se revelar os atos de corrupção, conjugada a multas vultosas podem configurar uma fórmula eficaz, já que critérios pouco objetivos e altamente discricionários do julgador no momento de auferir o seu valor,⁷⁰⁵ acabam abalando a tranquilidade que uma situação de corrupção necessita para ocorrer. Os agentes não têm como saber – nem sequer de deduzir – o montante de uma possível multa em caso de descoberta da operação, o que pode fazer com que eles não a realizem, independentemente dos benefícios diretos ou indiretos que possam existir. Contudo, tudo dependerá da efetividade na aplicação da lei.

Já sobre a publicação obrigatória da decisão condenatória poderá ter efeito dissuasório relativo. Grandes corporações consolidadas no mercado têm muito mais a perder se a sua imagem for conectada a casos de corrupção, principalmente se forem multinacionais. Agora, se são empresas oriundas de países onde há uma cultura de tolerância à corrupção, esta sanção não representará nada. O mesmo ocorrerá com empresas de pequeno e médio porte, pouco conhecidas do público em geral. Para que esta sanção realmente tenha efetividade no combate à corrupção, a repreensão social sobre a pessoa jurídica envolvida diante da divulgação do caso é fundamental, pois se a publicação não surte nenhum efeito no produto ou serviço fornecido pela pessoa jurídica corrupta, ou no valor da sua marca, ela não se prestará como elemento dissuasório de condutas ilícitas.

que também se incluem aos tipos da Lei nº 12.846/13, como o Banco Central, a Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), os Procons, as agências reguladoras, etc. (Cf. NÓBREGA, Antônio Carlos. *Op. Cit.* p. 144).

⁷⁰³ V - dificultar atividade de investigação ou de fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

⁷⁰⁴ Art. 7º - Serão levados em consideração na aplicação das sanções: I - a gravidade da infração; II - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; III - a consumação ou não da infração; IV - o grau de lesão ou o perigo de lesão; V - o efeito negativo produzido pela infração; VI - a situação econômica do infrator; VII - a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações; VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica; IX - o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados; e X - (VETADO). Parágrafo único. Os parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos previstos no inciso VIII do caput serão estabelecidos em regulamento do Poder Executivo federal.

⁷⁰⁵ Para alguns autores, isso é algo negativo. Nesse sentido, cf. ORTOLAN, Marcelo Augusto Biehl; *et al. Op. Cit.* p. 172, que também criticaram a redação do projeto que deu origem à lei.

5.4 Incentivos à criação de práticas de compliance

Uma das atenuantes na dosimetria da multa a ser aplicada é a existência de mecanismos e de procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, o que se conhece por *compliance*. A partir da adoção desses mecanismos, a norma busca um controle preventivo de atos de corrupção, bem como a própria pessoa jurídica demonstra preocupação com o problema, zelando pela sua idoneidade.

Diante da elasticidade que o valor da multa tem, esta atenuante deve conferir um benefício real para a pessoa jurídica que ultrapasse o valor monetário da adoção desses mecanismos de práticas íntegras e éticas. Os agentes considerarão dois fatores, sendo um a probabilidade de descoberta de atos de corrupção e, caso a pessoa jurídica seja responsabilizada, a redução da multa em virtude da adoção dessas práticas. Com relação ao primeiro fator, a sensação de que a lei vem sendo aplicada faz com que os agentes reconheçam a importância da norma e se afastem do seu rigor, gerando incentivos para a não prática de operações ilícitas, como já comentado. Já com relação ao segundo fator, a criação dessa política de *compliance* deve realmente oferecer uma real redução no valor da multa e é aqui que talvez a norma, da forma como está, não crie incentivo algum para as pessoas jurídicas em adotar tais práticas. Isso porque ainda deve ser aprovado um regulamento que disponha sobre a maneira como essas políticas serão avaliadas pelo aplicador da lei (art. 7, parágrafo único). Ou seja, suponha-se que uma grande corporação gaste um milhão de reais para a criação e a implementação de mecanismos de *compliance*, mas a multa é aplicada no valor de quatro milhões de reais, sofrendo uma redução de somente R\$50.000,00.⁷⁰⁶ Verifica-se o benefício irrisório da empresa em adotar tais práticas.

Segundo um estudo elaborado em 2012 pela Transparência Internacional avaliando as 105 maiores corporações do mundo e suas políticas anticorrupção, verificou-se que elas ainda seguem insuficientes. Das empresas brasileiras, Banco Bradesco, Petrobrás e Vale do Rio Doce têm uma pontuação de 4,8 e 4,7, abaixo da média geral, de 6,8.⁷⁰⁷ Por outro lado, a adoção desses instrumentos adequados gera um custo importante para a pessoa jurídica, o que significa dizer que pessoas jurídicas de pequeno e médio porte podem estar prejudicadas diante dessa atenuante, que só favorecerá as grandes empresas que possuam estrutura consolidada.⁷⁰⁸ Dado que a lei se submete a toda e qualquer pessoa jurídica, com realidades e naturezas tão diversas, se não for regulamentada de forma coerente, pode tornar-se inócua e não refletir em nenhum benefício para os agentes.⁷⁰⁹

⁷⁰⁶ Nesse sentido, cf. NÓBREGA, Antônio Carlos. *Op. Cit.* p. 146.

⁷⁰⁷ Cf. http://issuu.com/transparenciainternacional/docs/2012_transparenciaincorporatereporting_en/51?e=0. Acesso em 12.09.2014.

⁷⁰⁸ TARANTINO, Anthony. *Op. Cit.* p. 23.

⁷⁰⁹ Não se ignora o papel da governança, riscos e *compliance* no mercado empresarial atual, principalmente do seu impacto sobre o comportamento dos profissionais, diante de uma sociedade que valoriza cada vez mais empresas que não coadunam com práticas de corrupção. Contudo, da forma como se encontra na lei, a existência dessas práticas responderá muito mais as necessidades internas das empresas do que como uma razão de resguardo das empresas frente às eventuais condenações.

5.5 O processo administrativo para a apuração dos fatos

Seguramente, este é um dos pontos que mais causam polêmica na Lei nº 12.846/13. Isso porque a aplicação da norma ocorrerá de forma descentralizada, diluída no Poder Público. Em âmbito federal há a Controladoria Geral da União, porém não há órgãos equivalentes em âmbito estadual e municipal, sendo que estas esferas possuem carências técnicas notórias. A falta de uniformidade e o desconhecido das regras constantes no ordenamento jurídico em diversos aspectos podem trazer inúmeras dificuldades para as comissões responsáveis pela apuração dos fatos, considerando, ainda, que esta é constituída *ad hoc*. É bem conhecida a diferença entre níveis técnicos e culturais de servidores públicos no Brasil, sendo destacadas as desigualdades regionais, contextos distintos de aplicação da mesma lei.⁷¹⁰ Obviamente que, devido à simplicidade das disposições sobre o processo administrativo, esta aplicação não será equânime para todos, pelo contrário. Provavelmente haverá um cenário de instabilidade, com sanções desiguais para casos similares, a partir de procedimentos inadequados e da inobservância de princípios e de normas já positivados na legislação, conduzindo a uma judicialização em massa das decisões resultantes desses processos.⁷¹¹

Ainda, não há mecanismos de coordenação das atividades dessas comissões entre as esferas federativas. A norma não especifica nada sobre como ocorrerá a comunicação entre esses diversos órgãos dos três poderes, nem como se resolverão situações nas quais mais de um órgão ou entidade instaure um processo administrativo contra a mesma pessoa jurídica. Há um grande risco de que essa pessoa jurídica tenha que arcar com várias multas em diversos âmbitos do poder público pelo mesmo motivo, em um verdadeiro *bis in idem*.⁷¹²

Por outro lado, não se pode ignorar que a grande maioria dos mais de 5.500 municípios brasileiros não possui a mínima condição financeira, administrativa e técnica para garantir a eficácia e a lisura da aplicação da lei, sendo que esta pulverização pode ser um forte elemento de novos tipos de corrupção. Servidores envolvidos na comissão de apuração dos fatos poderão utilizar-se do alto nível de discricionariedade que a lei os confere para extorquir os agentes envolvidos, exigindo pagamentos para o abrandamento de multas ou mesmo o seu arquivamento. Este pagamento será feito pelos agentes quando eles verificarem que os benefícios de incorrer em mais um ato de corrupção são maiores que os de se submeter à lei, já que poderão ter suas multas reduzidas ou mesmo não serem condenados. O pagamento também poderá ocorrer quando eles não perceberem esses benefícios, uma vez que podem ser vítimas de coação por parte dos funcionários da comissão a realizar o pagamento. Na realidade, da forma como está disposto na lei, as chances que se crie um verdadeiro “mercado” na instauração de processos e no arbitramento da multa são grandes e devem ser objeto de atenção.⁷¹³

⁷¹⁰ ORTOLAN, Marcelo Augusto Biehl; *et al. Op. Cit.* p. 182.

⁷¹¹ NÓBREGA, Antônio Carlos. *Op. Cit.* p. 147.

⁷¹² CARVALHOSA, Modesto. La nueva ley anticorrupción brasileña. *Ars Iuris Salamanticensis*. v. 2, jun. 2014. p. 44.

⁷¹³ Nesse sentido, *cf.* NÓBREGA, Antônio Carlos. *Op. Cit.* p. 151. Embora José Anacleto Abduch Santos entenda que é possível que a comissão sugira o afastamento de agente público das atribuições de seu cargo ou função sempre que houver indícios de irregularidades provocadas por ele na investigação, acredita-se que assumir isso como realidade ou como regra é algo ingênuo, principalmente diante de uma corrupção sistêmica como a que se presencia no Brasil. (*Cf.* SANTOS, José Anacleto Abduch. Capítulo IV – Do processo administrativo de responsabilização. *In:* SANTOS, José Anacleto Abduch; *et al. Op. Cit.* p. 209-210).

5.6 Dos acordos de leniência

O art. 16 prevê a possibilidade de celebração de acordos de leniência, nos quais as pessoas jurídicas que praticarem atos previstos na lei colaboram com a Administração Pública para a identificação dos envolvidos, a obtenção de informações e de documentos comprobatórios da operação, etc. Já se afirmou que a probabilidade de descoberta de práticas de corrupção aumenta quando há a previsão desse tipo de acordo, gerando um ambiente de desconfiança entre as partes e abalando a tranquilidade dos agentes, como também colabora em uma tarefa notadamente difícil, que é a formação de um arcabouço probatório robusto para a condenação de corruptos. Contudo, a geração de incentivos para a celebração desses acordos depende das vantagens que eles oferecem. Nesse sentido, a lei acaba não incentivando a adesão a tais acordos.

Nota-se que a inspiração da Lei Anticorrupção foi a Lei nº 12.529/11, conhecida como Lei Antitruste. Em seu art. 86, a lei antitruste prevê a possibilidade de acordos de leniência, mediante a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se, automaticamente, a punibilidade dos crimes do agente que colaborou.

No entanto, não é esse o cenário desenhado pela Lei nº 12.846/13. Nessa norma, a realização do acordo afasta a sanção de publicação obrigatória da sentença condenatória, e pode reduzir a multa em até 2/3, mas não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano. Devido à incerteza que ronda a dosimetria da multa, o próprio deslinde do processo administrativo, bem como a insegurança da aplicação dessa redução, os incentivos que geralmente são criados por este tipo de acordo podem não motivar a adesão dos agentes.⁷¹⁴ Ao medir os custos e os benefícios de se aderir a um acordo assim, a incerteza da concessão dos benefícios não reduz os custos dos agentes, levando-os a preferir não colaborar com o Estado para não se verem mais enredados no caso. Ressalte-se que, para a celebração do acordo de leniência, a parte deve confessar a prática ilícita, algo que por si só gera receio na sua adesão.⁷¹⁵

Outro ponto delicado é a confidencialidade desses acordos. Tanto na Lei Antitruste, quanto na Lei Anticorrupção não há a certeza de sigilo na celebração desses acordos. Na primeira, em seu art. 86, §9º, a norma dispõe que há confidencialidade como regra geral, mas em casos que sejam de interesse das investigações e do processo administrativo, a divulgação da proposta do acordo ocorrerá. Foi esse que aconteceu no caso envolvendo a formação de cartel de trens e metrô em São Paulo e no Distrito Federal, quando houve a divulgação da realização de acordo com a empresa Siemens. As consequências desse acordo terminaram sendo de domínio público e provocaram, antes da sua conclusão, procedimentos de investigação da Polícia Federal e do Ministério Público, expondo a empresa.⁷¹⁶

⁷¹⁴ Cf. COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. Capítulo V – Do acordo de leniência. In: SANTOS, José Anacleto Abduch; *et al.* *Op. Cit.* p. 234-236.

⁷¹⁵ Na visão de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, isto inclusive é inconstitucional, violando o art. 5º, LXIII da Constituição Federal e o art. 14, 3, “g” do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, do qual o Brasil é signatário (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. *Op. Cit.*).

⁷¹⁶ Nesse sentido, cf. CARVALHOSA, Modesto. *Op. Cit.* p. 43.

Na Lei Anticorrupção, o panorama é ainda mais incerto. Há forte insegurança no que tange à confidencialidade. Novamente verifica-se a renúncia ao sigilo da autoridade envolvida na investigação, bem como a sua restrição à data da execução do acordo, não fazendo com que se observem benefícios para a adesão de agentes. A Lei Anticorrupção não cria incentivos eficientes que façam com que as pessoas jurídicas se sintam protegidas e motivadas a denunciar.⁷¹⁷ Vale lembrar que o maior interessado na celebração desses acordos é o Estado, já que através deles poderão obter documentos e informações que fundamentem reais condenações e, inclusive, descobrir grandes operações. Os agentes não se “trairão” sem visualizar as verdadeiras vantagens disso e, apesar de poder ser favorecida com a redução das sanções administrativas, a pessoa jurídica denunciante poderá ter a sua identidade revelada prematuramente, algo que definitivamente não se constitui como um incentivo à realização de denúncias.

6 Considerações finais: expectativas e pessimismo

Mesmo que a aprovação da Lei nº 12.846/13 tenha sido bem vinda, percebe-se que há probabilidades de distorções no que tange aos seus resultados no combate à corrupção. Para que se confirme a efetividade da norma em questão, é indispensável que se tenha a sensação de sua real aplicação. A percepção de que as regras e os princípios constantes nela estão sendo verdadeiramente impostos pelo Estado gera mais confiança em efeitos preventivos. Para tanto, a devida instrumentalização do processo e a formação de um conjunto consistente de provas são fundamentais, bem como a razoável duração do processo, evitando a prescrição e o sentimento de impunidade.

No entanto, diante da análise de seus pontos centrais, há um receio palpável de que os efeitos da norma não serão os mesmos buscados pelo legislador. Há elementos básicos que foram ignorados pelo texto legal e que têm impacto direto sobre os resultados, como a qualificação e a especialização de servidores que atuarão nos processos administrativos. Embora seja complicado generalizar, desde a doutrina estrangeira há uma ideia fixa de que a corrupção de servidores públicos provavelmente constitui um dos três ou quatro maiores problemas para os governos de países em desenvolvimento. Como há uma pulverização dessa prática, alcançando os órgãos públicos de forma difusa, torna-se muito difícil o seu controle.⁷¹⁸ A seleção de agentes é crucial nesse ponto, afastando aqueles que se envolvem em práticas ilícitas, principalmente quando a própria norma confere um alto grau de discricionariedade, como é o caso da Lei Anticorrupção. O cenário se agrava quando se une à análise o fato da defasagem dos salários de servidores da esfera estadual e municipal. O pagamento de subornos muito provavelmente servirá de complemento da renda do funcionário, que não titubeará ao praticar atos de corrupção visando o seu próprio benefício.⁷¹⁹ A lei simplesmente silencia sobre a seleção, o treinamento ou o tratamento de funcionários encarregados da investigação dos atos de corrupção.

⁷¹⁷ CARVALHOSA, Modesto. *Op. Cit.* p. 44.

⁷¹⁸ KLITGAARD, Robert. *Op. Cit.* p. 22.

⁷¹⁹ CARDENAS, Jaime. Herramientas para enfrentar la corrupción. MÉNDEZ-SILVA, Ricardo (coord.). *Lo que todos sabemos sobre la corrupción y algo más*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México. 2010. p. 57-65.

Outra questão muito preocupante é com relação à burocracia. Como já mencionado, o aumento do controle da corrupção geralmente aumenta a burocracia, sendo que a própria Lei de Licitações desviou-se de seus principais objetivos de combate à corrupção devido ao excesso de burocratização, que provocou ainda mais corrupção.⁷²⁰ A Lei Anticorrupção não cria procedimentos extensos, mas não vem acompanhada de outras leis que alteram os procedimentos já existentes no sentido de simplificá-los, o que transmite a sensação de que há a concessão de um forte poder de punir ao Estado, desproporcional à esfera de atuação das pessoas jurídicas. A burocracia na contratação pública muitas vezes não dá a opção para que pessoas jurídicas de fora da Administração Pública não se envolvam com atos de corrupção. Com esta lei, a pessoa jurídica além de estar compelida a observar o peso das sanções e a incerteza das condutas dispostas, ainda poderá ver-se em uma situação extrema entre algo importante para a sua atividade e a inevitabilidade de um ato corrupto. Não se defende o abrandamento da norma em tela, mas sim, a adaptação de outras leis correlatas que confirmem mais margem de resultados para a luta anticorrupção sem uma punição exagerada de pessoas jurídicas.

Finalmente, entende-se que esta lei é somente um dos esforços que devem compor uma estratégia anticorrupção. Festejam-se os avanços, porém não se deve parar. Para tanto, não só as leis correlatas devem ser adaptadas no sentido da redução da burocracia, na valorização dos servidores públicos e na regulamentação da Lei nº 12.846/13, mas também devem ser aprovadas outras leis importantes para a transparência, como a regulação dos *lobbies*, por exemplo. Muitas das condutas previstas na Lei Anticorrupção poderiam ser regularizadas através de uma norma específica sobre o *lobbying*, evitando o controle punitivo e fomentando o controle preventivo da corrupção, mais econômico e mais benéfico para a própria democracia.

Referências

- ALAM, Muhammad Shahid. A theory of limits on corruption and some applications. *Kyklos*. v. 48, nº 3, aug. 1995. p. 419-435.
- BARDHAN, Pranab. Corruption and development: a review of issues. In: HEIDENHEIMER, Arnold. J.; JOHNSTON, Michael (eds.). *Political Corruption – Concepts & context*. 3. ed., New Jersey: Transaction, 2002. p. 321-338.
- BATISTA, Antenor. *Corrupção: fator de desenvolvimento?*. São Paulo: Letras e letras, 1991.
- BECKER, Gary S. Crime and punishment: An economic approach. *The journal of political economy*. v. 76, nº 2, mar./apr., 1968. p. 169-217. Disponível em: http://www.soms.ethz.ch/sociology_course/becker1968. Acesso em 09.09.2014.
- BITENCOURT NETO, Eurico. *Improbidade administrativa e violação de princípios*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- BREI, Zani Andrade. Corrupção: dificuldades para definição e para um consenso. *RAP – Revista de Administração Pública*. v. 30, nº 1, jan./fev. Rio de Janeiro: FGV, 1996. p. 64-77.
- BUSTOS GISBERT, Rafael. Corrupción Política: un análisis desde la Teoría y la Realidad Constitucional. *Teoría y Realidad Constitucional*. n. 25, 1º semestre. Madrid: UNED, 2010. p. 69-109.
- CARDENAS, Jaime. Herramientas para enfrentar la corrupción. MÉNDEZ-SILVA, Ricardo (coord.). *Lo que todos sabemos sobre la corrupción y algo más*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México. 2010. p. 57-65.

⁷²⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. *Op. Cit.*

CARVALHOSA, Modesto. La nueva ley anticorrupción brasileña. *Ars Juris Salamanticensis*. v. 2, jun. 2014. p. 37-45.

COASE, Ronald H. The problem of social costs. *The Journal of Law and Economics*. v. III, oct., 1960. p. 15 e ss. Disponível em: <http://www.econ.ucsb.edu/~tedb/Courses/UCSBpf/readings/coase.pdf>. Acesso em 09.09.2014.

DONÁRIO, Arlindo. *Análise econômica do Direito – probabilidade umbral*. Instituto Nacional de Administração. 2010. Disponível em: <http://www.universidade-autonoma.pt/upload/galleries/probabilidade-umbral.pdf>. Acesso em 09.09.2014.

FIESP. *Relatório Corrupção: custos econômicos e propostas de combate*. Disponível em: www.fiesp.com.br/arquivo-download/?id=2021. Acesso em 09.09.2014.

GARCÍA, Eloi. Istorie Fiorentini de Maquiavelo: una primera definición moderna de corrupción. *Teoría y Realidad Constitucional*. n. 25, 1º semestre. Madrid: UNED, 2010. p. 57-67.

Olesea; OSTAPENKO, Nikolai. *The Glaring Socioeconomic meltdown in post-soviet Ukraine, Moldova and Belarus: a distorted mindset in search of a way out*. p. 206. Disponível em: <http://thejournalofbusiness.org/index.php/site/article/viewFile/19/19>. Acesso em 09.09.2014.

GICO JR., Ivo T. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. *Economic analysis of Law review*. v. 1, n. 1, jan./jun., 2010. p. 7-33.

HARGER, Marcelo. *Reflexões iniciais sobre o princípio da eficiência*. Disponível em: <http://www.hargeradvogados.com.br/blog/reflexoes-iniciais-sobre-o-principio-da-eficiencia>. Acesso em 12.09.2014.

<http://cpi.transparency.org/cpi2013/results/>. Acesso em 09.09.2014.

http://issuu.com/transparencyinternational/docs/2012_transparencyincorporatereporting_en/51?e=0. Acesso em 12.09.2014.

http://www.transparency.org/country#BRA_PublicOpinion. Acesso em 09.09.2014.

HUNTINGTON, Samuel P. Modernization and corruption. In: HEIDENHEIMER, Arnold. J.; JOHNSTON, Michael (eds.). *Political Corruption – Concepts & context*. 3. ed., New Jersey: Transaction, 2002. p. 253-264.

KLITGAARD, Robert. *A corrupção sob controle*. Rio de Janeiro: Zahar, 1994.

LEFF, Nathaniel. Economic development through bureaucratic corruption. In: HEIDENHEIMER, Arnold. J.; JOHNSTON, Michael (eds.). *Political Corruption – Concepts & context*. 3. ed., New Jersey: Transaction, 2002. p. 307-320.

MARRARA, Thiago. O conteúdo do Princípio da Moralidade: proibidade, razoabilidade e cooperação. In: MARRARA, Thiago (org.). *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 159-179.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. A juridicidade da Lei Anticorrupção – reflexões e interpretações prospectivas. *Fórum Administrativo*. v. 14, n. 156, fev. 2014. Disponível em: <http://dspace/xmlui/bitstream/item/9896/PDfexibepdf.pdf?sequence=1>. Acesso em 17.08.2014.

NÓBREGA, Antônio Carlos. A nova lei de responsabilização de pessoas jurídicas como estrutura de incentivos aos agentes. *Economic analysis of Law review*. v. 5, n. 1, jan./jun., 2014. p. 138-152.

NOONAN JR., John T. *Bribes*. New York: Macmillan, 1984.

NYE, Joseph. Corruption and Political Development: a Cost-Benefit analysis. In: HEIDENHEIMER, Arnold. J.; JOHNSTON, Michael (eds.). *Political Corruption – Concepts & context*. 3. ed., New Jersey: Transaction, 2002. p. 281-302.

ORTOLAN, Marcelo Augusto Biehl; ROCHA, Iggor Gomes; REIS, Felipe Andres Pizzato. Combate à corrupção nas licitações e contratos públicos: questões centrais do Projeto de Lei nº 6.826/2010. In: GONÇALVES, Guilherme de Salles; GABARDO, Emerson (coord.). *Direito da infraestrutura: temas de organização do Estado, serviços públicos e intervenção administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 159-200.

POSNER, Richard A. *Values and consequences: an introduction to economic analysis of Law*. Disponível em: http://www.law.uchicago.edu/files/files/53.Posner.Values_0.pdf. Acesso em 09.09.2014.

ROSE-ACKERMAN, Susan. *Corruption: a study in political economy*. New York: Academic Press, 1978. p. 109-135.

- _____. *La corrupción y los gobiernos – causas, consecuencias y reforma*. Madrid: Siglo XXI de España, 2001.
- _____. *The political economy of corruption*. p. 31. Disponível em: <http://www.adelinotorres.com/economia/a%20economia%20politica%20da%20corrup%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em 09.09.2014.
- SALGADO, Eneida Desiree. Abuso de Poder Político e Moralidade Administrativa na Legislação Eleitoral. In: GUIMARÃES, Edgar (Org.). *Cenários do Direito Administrativo: estudos em homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 227-251
- SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Mateus; COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. *Comentários à Lei nº 12.846/2013 – Lei Anticorrupção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- STIGLER, George. The optimum enforcement of Laws. In: BECKER, Gary S.; LANDER, William M. (eds.). *Essays in the economics of crime and punishment*. New York: National Bureau of Economic Research, 1974. p. 55-67.
- TARANTINO, Anthony. *Governance, Risk, and Compliance Handbook: technology, finance, environmental, and international guidance and best practices*. New Jersey: Wiley, 2008.
- VALLE, Vivian Lima López. Serviço público, desenvolvimento econômico e a nova contratualização da Administração Pública: o desafio na satisfação dos direitos fundamentais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. *Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo. Novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 273-284.

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

SANTANO, Ana Cláudia; NETTO, Fernando Gama de Miranda. Uma análise econômica da nova Lei Anticorrupção. In: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). *Problemas emergentes da Administração Pública*. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. *Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 295-313.

O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E AS AGÊNCIAS REGULADORAS: UMA ANÁLISE A PARTIR DA RESOLUÇÃO-ANTAQ Nº 3274/2014

CAMILA RODRIGUES FORIGO
AMÁLIA PASETTO BAKI

1 Introdução

Diante da privatização da prestação dos serviços públicos, ocorrida no Brasil principalmente na década de 90, foi necessário estabelecer mecanismos de controle e regulação por parte do Estado para assegurar que esses serviços fossem prestados com qualidade e de forma acessível à população.

Nesse contexto, foram criadas as agências reguladoras, com o objetivo primordial de regular a atuação dos entes privados.

Como as agências atuam no controle da efetiva prestação do serviço público pelas empresas, são dotadas de poderes específicos, o que permite a edição de normativas e regulamentos para a adequada prestação do serviço, podendo fiscalizar a atuação das empresas concessionárias e aplicar sanções quando necessário.

A existência desses poderes é essencial para o efetivo cumprimento das finalidades legais das agências reguladoras, buscando como fim maior a satisfação do interesse público.

Contudo, a atuação normativa das agências reguladoras deve observar os ditames constitucionais que informam a atuação da Administração Pública, sob pena de violar as garantias constitucionais dos agentes regulados, especialmente no que tange à instituição de infrações e à aplicação de sanções.

Assim, faz-se necessário que as agências reguladoras atuem nos rigorosos limites delineados pelo princípio da legalidade, o que, em casos recorrentes, não se verifica.

A atuação extrapolada das agências, tomando-se como exemplo a ANTAQ, principalmente no que diz respeito ao poder normativo, é o objeto de estudo do presente artigo.

Partindo-se da análise da Resolução-ANTAQ nº 3274/2014, o artigo enfrentará a questão da limitação do poder normativo das agências reguladoras frente ao princípio constitucional da legalidade.

O caso concreto que induzirá o raciocínio ora proposto demonstra, com clareza, como as agências reguladoras comumente atuam em desacordo com os limites de suas competências.

Após o exame da Resolução-ANTAQ nº 3274/2014, para melhor compreensão do tema, será abordado o contexto de surgimento e de criação das agências reguladoras no Brasil para, em seguida, analisar as suas principais características.

Em um momento posterior, será abordado o poder de polícia administrativa de que são dotadas as agências, analisando-se os poderes que estão contemplados pelo poder de polícia.

No último tópico, serão traçadas breves considerações sobre o princípio da legalidade em face da atuação normativa das agências.

O breve estudo, evidentemente, não visará ao esgotamento do tema proposto. Muito pelo contrário, em razão da relevância do assunto, buscar-se-á a análise dos elementos primordiais que perpassam a atuação normativa das agências reguladoras.

2 O poder normativo da ANTAQ e a resolução nº 3274/2014

A Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ é entidade de regime autárquico especial, que integra a Administração Federal Indireta e está vinculada à Secretaria de Portos da Presidência da República – SEP/PR.

Criada pela Lei nº 10.233/2001 e instalada em 17 de fevereiro de 2002, a ANTAQ tem por finalidade implementar as políticas e diretrizes formuladas pela Secretaria de Portos da Presidência da República – SEP/PR, pelo Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte – CONIT e pelo Ministério dos Transportes.

Tem como objetivo a fiscalização, a regulação e a supervisão das atividades de prestação de serviços de transporte aquaviário e de exploração da infraestrutura portuária e aquaviária.

Dentre as competências conferidas à autarquia especial do setor portuário, a Lei nº 10.233/2001, que outorga o poder normativo à ANTAQ, estabelece em seu artigo 27, inciso IV que cabe à agência reguladora: “elaborar e editar normas e regulamentos relativos à prestação de serviços de transportes e à exploração da infraestrutura aquaviária e portuária, garantindo isonomia no seu acesso e uso, assegurando os direitos dos usuários e fomentando a competição entre os operadores”.

Do trecho acima transcrito, resta claro que a lei que atribui poder normativo à ANTAQ – e o mesmo acontece com as demais agências reguladoras – tem como característica o perfil de cláusula geral, ou *standards*, por meio da qual se outorga competência para a edição de normas sem o delineamento específico dos limites das regras a serem editadas.

Essa ausência de delineamento rigoroso, pela lei que institui a competência das agências – e nesse caso específico da ANTAQ – abre margem para que seu poder de polícia seja exercido de maneira tal que seus limites sejam extrapolados.

Nesse sentido, verifica-se nas resoluções produzidas pela ANTAQ o estabelecimento de infrações e de penalidades sem que exista lei prévia autorizando tal conduta. Com fulcro em cláusulas gerais que conferem às agências poder normativo com amplo espectro de atuação, sem definir seus limites, criam-se uma série de infrações e impõem-se penalidades sem que haja qualquer autorização legal para tanto.

É o que ocorreu na edição da Resolução-ANTAQ nº 3274/2014, ponto de partida do presente trabalho, que dispõe sobre a fiscalização da prestação dos serviços portuários e estabelece infrações administrativas.

A Resolução-ANTAQ nº 3274/2014, em seus artigos 32 e 35, estabelece diversas infrações administrativas que dizem respeito à atividade dos operadores portuários, sem que exista qualquer autorização legal para tanto, seja na Lei nº 10.233/2001 (Lei do Transporte Aquaviário e Terrestre), seja na Lei nº 12.815/2013 (Novo Marco Regulatório no setor portuário) ou seja em qualquer outra lei nacional.

Ainda que à ANTAQ tenha sido outorgado poder normativo, na forma de *standards*, característico das agências reguladoras, nenhuma das infrações e sanções previstas na Resolução-ANTAQ nº 3274/2014 está autorizada em lei, havendo verdadeiro desrespeito ao princípio constitucional da legalidade.

Isso porque, em homenagem ao princípio da reserva legal, é defeso ao Poder Executivo imiscuir-se em competência privativa e indelegável do Poder Legislativo,⁷²¹ mesmo que se invoque o exercício do poder regulamentar pelas agências reguladoras.

Como é notório, o exercício de direitos fundamentais, como o da livre iniciativa, que encontra respaldo no art. 170, caput, da Constituição Federal e é desdobramento do direito fundamental à liberdade (art. 5º da Constituição Federal), somente pode ser limitado ou restringido por lei, nos termos do art. 5º, inciso II, da Constituição Federal.

Dessa forma, é flagrante que a ANTAQ, na edição da Resolução ora examinada, não se ateu aos parâmetros materiais estabelecidos na Constituição Federal e nas Leis nº 10.233/2001 e 12.815/2014.

O poder normativo das agências reguladoras, portanto, não pode violar o sistema de garantias aos direitos fundamentais, tampouco os princípios constitucionais, como o da legalidade.

Nesse contexto, evidencia-se uma das grandes polêmicas que envolvem as agências reguladoras: os limites do poder normativo frente ao princípio da legalidade.

Para melhor compreensão do tema, faz-se necessário o estudo de elementos teóricos atinentes às agências reguladoras.

3 O surgimento das Agências Reguladoras

O papel do Estado sofreu grande alteração a partir da década de 70, com a crise do Estado do Bem-Estar Social no Brasil, em que passou a se adotar uma política neoliberal, com o afastamento do Estado na condução da economia e da prestação de serviços.

Em decorrência dessa mudança, na década de 90, foi promovido um programa nacional de desestatização dos serviços públicos, cujo objetivo era a revalorização das forças do mercado e a busca de um Estado financeiramente mais eficiente e equilibrado.⁷²²

⁷²¹ Note-se que o exercício de competências legislativas delegadas pelo Poder Legislativo encontra expressa e estrita previsão constitucional, mais precisamente no art. 62 da Constituição Federal, ao ser disciplinado o instituto da medida provisória, e no art. 68, que trata especificamente das delegações legislativas. Sem que haja expressa delegação legislativa, mediante mecanismos estabelecidos pela Constituição Federal, que autorizem a Administração Pública a exercer competência flagrantemente reservada à lei, não cabe falar de lícita delegação de competência legislativa para que o Administrador Público, no caso, a ANTAQ, possa estabelecer condutas passíveis de punição, como é o caso da Resolução ora analisada.

⁷²² TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Método, 2003. p.66.

O processo de desestatização, conforme Castro,⁷²³ iniciou-se com a presidência de Fernando Collor de Mello, que flexibilizou determinadas leis a fim de diminuir a atuação estatal. A partir de 1994, com Fernando Henrique Cardoso, ocorreu uma reforma legislativa para diminuir a predominância do Estado no tocante à prestação de serviços e à implementação de políticas públicas.

Essa desestatização da prestação de serviços corresponde ao processo de privatização das empresas estatais. Com a delegação de suas funções a terceiros, o Estado passou a adotar o papel de regulador a fim de implementar a liberdade econômica e de reduzir a dívida pública.⁷²⁴ Segundo Cal, a desestatização tem por objetivo “atingir um ideário de Estado fiscalizador, regulador, incentivador, prestador de serviços de interesse e utilidade pública, o qual poderá vir a se transformar num Estado com maiores chances de competição na órbita externa”.⁷²⁵

Dentre as finalidades visadas com a prestação de serviços pelo particular, e não mais pelo Estado, podem ser destacadas: (a) a promoção de competitividade entre os concessionários; (b) a proteção ao direito dos consumidores; (c) a homologação de tarifas justas e razoáveis; (d) a promoção ao livre acesso do usuário ao serviço prestado e não discriminação entre eles; (e) a atualização constante e permanente do serviço; (f) o controle e a fiscalização sem que haja ingerência política nos órgãos que cumprirão essa função e; (g) a manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato.⁷²⁶

Dessas finalidades observa-se que a atuação dos particulares deve estar voltada à satisfação do interesse público, respeitando-se as determinações do Poder Público. Por essa razão é que Tavares afirma que o modelo neoliberal possui “cunho acentuadamente liberal, mas sem perder de vista a contextualização social”.⁷²⁷

Em suma, observa-se que essas atividades administrativas que passam a ser exercidas por particulares devem ser controladas e estar sujeitas à aplicação de princípios do direito administrativo,⁷²⁸ cabendo ao Estado a função de planejamento e de regulação.⁷²⁹

Nesse contexto, com a atribuição de exercer a função regulatória da prestação de serviços públicos por particulares, surgem as agências reguladoras, criadas sob a forma de autarquias de regime especial, inicialmente amparadas pelos artigos 21, inciso XI e 177, §2º e inciso III da Constituição Federal, cuja criação teve como objetivo principal, segundo Efig, “assegurar que a disciplina dos serviços públicos não seria norteada unicamente pelo critério político-econômico”.⁷³⁰ Trata-se do fenômeno de agencificação.⁷³¹

⁷²³ CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. *Processo Administrativo e controle da atividade regulatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p.35.

⁷²⁴ CASTRO, 2005, p.35.

⁷²⁵ CAL, Arianne Brito Rodrigues. *As agências reguladoras no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.32.

⁷²⁶ CASTRO, 2005, p. 41-42.

⁷²⁷ TAVARES, 2003, p.66.

⁷²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 101.

⁷²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da Função Reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). *Direito Regulatório. Temas Polêmicos*. São Paulo: Fórum, 2010. p. 35.

⁷³⁰ EFING, Antônio Carlos (Coord). *Agências reguladoras e a proteção do consumidor brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2009. p.61.

⁷³¹ DI PIETRO, 2009, p. 36.

4 Agências Reguladoras: principais características e atividades por elas controladas

As agências reguladoras devem ser criadas por lei ordinária específica, de iniciativa privativa do Poder Executivo,⁷³² e podem ser federais, estaduais e municipais. Possuem independência administrativa, autonomia financeira, funcional, patrimonial, de gestão de recursos humanos, de decisões, além de não possuir subordinação hierárquica.

Por terem sido criadas no país como autarquias especiais,⁷³³ restauraram o conceito original de autarquia. Nesse sentido, é essencial que se compreenda o conceito e as principais características das autarquias para o perfeito entendimento do conceito das agências.

Quatro são as principais características trazidas pelos conceitos clássicos de autarquia: a) administração indireta, pois são criadas pelo Estado para atuar em seu nome; b) ausência de subordinação hierárquica a outro órgão administrativo, já que suas atribuições derivam de lei e não de delegação; c) exercício de funções próprias do Estado; e, d) concomitantemente, exercício de funções específicas.⁷³⁴

Contudo, tendo em vista a realidade do país, o direito administrativo brasileiro não opera com um conceito tão amplo, privilegiando os elementos da personalidade jurídica e a capacidade de autoadministração.⁷³⁵ Nesse ponto, convém destacar o conceito de autarquia contido no artigo 5º, inciso I do Decreto-Lei nº 200/1967: “Autarquia - o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada”.

Todavia, essa definição, no entendimento de Justen Filho,⁷³⁶ é prolixa e defeituosa. Para o autor, “autarquia é uma pessoa jurídica de direito público, instituída para desempenhar atividades administrativas sob regime de direito público, criada por lei que determina o grau de sua autonomia em face da Administração direta”.

Assim, as competências da autarquia são delimitadas pela lei que a cria, razão pela qual pode atuar somente nos limites dos poderes recebidos.

Há autarquias que não se submetem, no exercício de suas competências, a outros entes administrativos. Em outras palavras, suas decisões não estão sujeitas à revisão da Administração direta e tampouco dependem de sua aprovação. Por essa razão são denominadas de autarquias especiais e comportam as agências e as autarquias reguladoras.⁷³⁷

Além da ausência de subordinação hierárquica, a caracterização das agências como autarquias especiais decorre também da independência ou da autonomia administrativa, financeira, patrimonial, de gestão de recursos humanos e técnica, do mandato fixo e da estabilidade de seus dirigentes.⁷³⁸

⁷³² EFING, 2009, p.63.

⁷³³ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências Reguladoras*. Barueri: Manole, 2003. p. 95-96.

⁷³⁴ MOTTA, 2003, p. 95/96.

⁷³⁵ MOTTA, 2003, p. 96.

⁷³⁶ JUSTEN FILHO, 2012, p.237.

⁷³⁷ JUSTEN FILHO, 2012, p. 241.

⁷³⁸ GRAU, Eros Roberto. As agências, essas repartições públicas. In SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord). *Regulação e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 25-28.

Além disso, a agência reguladora está sujeita a um regime jurídico que assegura a autonomia em face da Administração direta, o que lhe investiria de competência para a regulação setorial.⁷³⁹

Essa competência para a regulação setorial significa que a agência pode editar normas abstratas infralegais, adotar decisões discricionárias e compor conflitos em um determinado setor econômico.⁷⁴⁰ Como mencionado anteriormente, a principal atribuição das agências reguladoras é exercer a função regulatória, a qual “é composta pelos poderes para disciplinar setores empresariais, dispondo sobre a conduta individual e coletiva. Vale-se de medidas jurídicas de permissão e de proibição, mas também se utiliza de mecanismos de incentivo e desincentivo, o que compreende, inclusive, o fomento a atividades privadas”.⁷⁴¹

De acordo com Mello,⁷⁴² estão sujeitas à disciplina e ao controle das agências os serviços públicos propriamente ditos, em que se verifica a atuação da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL (Lei nº 9427/1996), da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL (Lei nº 9472/1997), da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e da Agência Nacional de Transporte Aquaviário – ANTAQ (ambas criadas pela Lei nº 10233/2001) e da Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC (Lei nº 11182/2005);

Além disso, a atividade de fomento e fiscalização de atividade privada, como é o caso da disciplina e do controle exercido pela Agência Nacional do Cinema – ANCINE (Medida Provisória nº 2281-1/2001 e Lei nº 10454/2002).

Ainda, sujeitam-se às agências as atividades exercitáveis para promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, de competência da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP (Lei nº 9478/1997).

Também as atividades que o Estado protagoniza, mas que, paralelamente, são facultadas aos particulares, estão sujeitas ao controle e à fiscalização das agências. Nesse caso, atuam a Agência de Vigilância Sanitária – ANVISA (Lei nº 9782/1999 e Medida Provisória nº 2190-34/2001) e a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS (Lei nº 9961/2000).

Por fim, vale ressaltar que o uso de bem público é controlado pelas agências, como é o caso da Agência Nacional de Águas – ANA (Lei nº 9984/2000).

Portanto, quando essas atividades estiverem sendo desempenhadas por particulares, serão controladas pelas agências reguladoras brasileiras. Para exercerem suas funções adequadamente, as agências se valem do denominado poder de polícia, que será abordado no tópico seguinte.

5 O exercício do poder de polícia administrativa pelas Agências Reguladoras

O fundamento do poder de polícia encontra-se no princípio da predominância do interesse público sobre o particular, o que ampara a concessão de prerrogativas à

⁷³⁹ JUSTEN FILHO, 2012, p.664.

⁷⁴⁰ JUSTEN FILHO, 2012, p. 665.

⁷⁴¹ JUSTEN FILHO, 2012, p. 98/99.

⁷⁴² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26.ed. Malheiros: São Paulo, 2009. p.170/171.

Administração Pública para assegurar o exercício de suas atividades, com o fim de condicionar o exercício dos direitos dos cidadãos ao bem estar coletivo.⁷⁴³

Segundo Justen Filho, “o poder de polícia administrativa é a competência para disciplinar o exercício da autonomia privada para a realização de direitos fundamentais e da democracia, segundo os princípios da legalidade e da proporcionalidade”.⁷⁴⁴

O poder de polícia compreende o conjunto de providências que visam a concretizar os valores, os princípios e as regras contidas no ordenamento jurídico, para o perfeito cumprimento das funções das agências reguladoras.⁷⁴⁵

Na legislação pátria, o poder de polícia é apresentado no Código Tributário Nacional em seu art. 78,⁷⁴⁶ no qual exerce uma dupla função. Ao mesmo tempo em que impõe ordens e restrições aos particulares, estabelece o dever da Administração Pública de desempenhar suas atividades nos limites legais. Sendo conferida competência a um órgão da administração, a atuação está restrita a esse limite e deve visar à consecução da finalidade pública.

O poder de polícia, de acordo com Aragão e Sampaio,⁷⁴⁷ pode ser exercido por quatro meios: a) a ordem de polícia, que consiste em um preceito legal que estabelece ao cidadão que não faça aquilo que possa prejudicar o interesse geral ou que faça aquilo que poderá evitar algum prejuízo; b) o consentimento de polícia, que disciplina a forma pela qual um bem deve ser utilizado ou uma atividade deve ser exercida para alcançar o interesse público; c) a fiscalização de polícia para verificar o cumprimento das ordens de polícia pelos administrados e pela repressão das infrações constatadas e; d) pela sanção de polícia, que consiste na aplicação dos instrumentos de intervenção punitiva do Estado.

Além dos modos de exercício do poder de polícia, convém analisar as suas características, que são constantemente apresentadas pela doutrina: a discricionariedade, a autoexecutoriedade e a coercibilidade.

Em regra, o poder de polícia é vinculado, de modo que a Administração terá que atuar e adotar a solução previamente estabelecida por lei, como é o caso da concessão de alvará de licença, por exemplo.

Há situações em que a Administração terá discricionariedade para atuar, sendo aqueles casos em que há certa liberdade estabelecida por lei para apreciar determinados elementos, como o motivo e o objetivo. Nessas hipóteses, a Administração terá uma margem para decidir qual o melhor momento de agir, qual o meio de ação mais adequado ou qual sanção deve ser aplicada.⁷⁴⁸

⁷⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanela. *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 108-109.

⁷⁴⁴ JUSTEN FILHO, 2010, p. 553.

⁷⁴⁵ JUSTEN FILHO, 2010, p. 553.

⁷⁴⁶ “Art. 78. Considera-se poder de polícia, atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.”

⁷⁴⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Omissão no Exercício do Poder Normativo das Agências e a Concorrência Desleal. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord). *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.403-426.

⁷⁴⁸ DI PIETRO, 2002, p.113.

Apesar da menção de que as agências reguladoras têm poder discricionário, acredita-se que, em realidade, a atuação dessas agências sempre será vinculada. Isso porque a liberdade de atuação das agências é aquela permitida em lei, ou seja, ainda que possam atuar discricionariamente em determinadas situações, a lei estabelece qual é o limite dessa atuação. É por essa razão que Justen Filho destaca que não se trata propriamente de um poder discricionário, mas sim, que há competências administrativas disciplinadas por lei que contemplam certa margem de discricionariedade.⁷⁴⁹

A autoexecutoriedade se caracteriza pela possibilidade da Administração executar suas decisões sem precisar recorrer previamente ao Poder Judiciário. Segundo Di Pietro,⁷⁵⁰ essa característica pode ser dividida em exigibilidade e executoriedade. A primeira significa que o Poder Público possui meios indiretos de coação, como a multa. A segunda, por sua vez, corresponde à possibilidade da Administração de compelir materialmente o administrando, usando meios diretos de coação, como a apreensão de mercadorias e a interdição. Contudo, não são todas as medidas de polícia que autorizam a utilização da autoexecutoriedade, devendo a medida estar expressamente prevista em lei.

Quanto à coercibilidade, observa-se que é uma característica necessariamente relacionada à autoexecutoriedade, pois “o ato de polícia só é autoexecutório, porque dotado de força coercitiva”.⁷⁵¹

Além das características comumente elencadas pela doutrina, importante destacar que o poder de polícia pode ser caracterizado ainda como uma atividade negativa, já que sempre impõe uma abstenção ao particular, uma obrigação de não fazer. Mesmo quando aparenta impor uma obrigação de fazer, o poder público quer evitar que as atividades ou as situações pretendidas pelos indivíduos causem um dano oriundo do mau exercício do direito individual.⁷⁵²

Especificamente quanto às agências reguladoras, o poder de polícia é exercido por meio do poder normativo, do poder preventivo-fiscalizador e do poder de aplicar sanções. Assim, apresentadas as características do poder de polícia, convém analisar essas formas diversas de exercício.

5.1 Poder normativo

A outorga de poder normativo às agências reguladoras consiste na possibilidade de expedição de normas específicas sobre seus respectivos setores regulados.⁷⁵³ Esse poder surge da insuficiência do mecanismo legislativo ordinário (que é, pela sua própria natureza jurídica, moroso) e pela falta de conhecimento técnico do legislador na matéria relativa à regulação. É essencial que as normas sejam produzidas por alguém que conheça os critérios técnicos econômicos das normas para a regulação setorial e não possua motivação política.⁷⁵⁴

⁷⁴⁹ JUSTEN FILHO, 2012, p.562.

⁷⁵⁰ DI PIETRO, 2002, p. 114.

⁷⁵¹ DI PIETRO, 2002, p. 115.

⁷⁵² DI PIETRO, 2002, p. 115.

⁷⁵³ NEVES, Rodrigo Santos. *Função Normativa e Agências Reguladoras: uma contribuição da teoria dos sistemas à regulação jurídica da economia*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009. p.106.

⁷⁵⁴ NEVES, 2009, p. 104-105.

O poder normativo conferido às autarquias especiais é, em suma, o instrumento através do qual a Administração Pública realiza suas finalidades e alcança seus objetivos.⁷⁵⁵

Este poder das agências de expedir regulamentos é limitado pela lei que a cria, não podendo, de forma alguma, contrariar ou extrapolar o que está previsto em lei. A expedição de atos normativos deve: (a) advir de um agente com competência para tanto; (b) indicar a finalidade pública a que se destina; (c) respeitar a forma legal de sua expedição; (d) acompanhar a situação de fato ou de direito que autoriza a expressão normativa e; (e) acompanhar o objeto da norma que será expedida.⁷⁵⁶

Insta frisar que esse poder normativo não corresponde à delegação do poder legislativo, de modo que as agências não possuem competência própria do legislativo e, portanto, não têm o poder de legislar e de inovar a ordem jurídica.⁷⁵⁷ Assim, a produção de normas pelas agências reguladoras limita-se à edição de instruções normativas e portarias que objetivam a regulação técnica de seus setores,⁷⁵⁸ de modo a manter a estabilidade do mercado econômico através de regras para as empresas participantes deste mercado regulado.

Esse ponto é motivo de debate com relação ao limite do poder normativo, pois o ordenamento jurídico pátrio veda a delegação do poder legislativo. Picchia⁷⁵⁹ estabelece que não há divergências doutrinárias com relação à expedição dos regulamentos de execução, que têm por função editar normas com a finalidade de garantir a fiel execução da lei. Nesse caso, não haveria inovação da ordem jurídica, mas tão somente o detalhamento da atribuição ou da restrição de direitos, razão pela qual o regulamento seria considerado legal.

Quando o regulamento atribui ou restringe direitos ou impõe obrigações, caracterizando uma inovação legislativa, surge a divergência doutrinária.⁷⁶⁰ Para a doutrina tradicional, são admissíveis apenas os regulamentos de execução, pelo respeito ao princípio da separação dos poderes e das regras de divisão de competências. Contrariamente, Picchia⁷⁶¹ cita Eros Grau para afirmar que se admite a existência de uma separação de funções e não propriamente de poderes, razão pela qual seria admissível ao Executivo delegar uma parcela de função normativa sem que haja uma delegação de poderes.

Segundo Neves,⁷⁶² é possível que as resoluções inovem na ordem jurídica sem ferir o princípio da legalidade. No entanto, é necessário que essa inovação não seja de forma absoluta e decorra da lei. O autor explicita que se a resolução ultrapassar esse limite será alvo de controle pelo Poder Judiciário e pelo Poder Legislativo. Assim, o judiciário pode analisar a forma e o conteúdo da norma sob o prisma da legalidade e da constitucionalidade, enquanto que o legislativo exerce o controle político, analisando

⁷⁵⁵ CASTRO, 2005, p. 92.

⁷⁵⁶ FRANÇA, 2010, p. 168.

⁷⁵⁷ CASTRO, 2005, p. 91.

⁷⁵⁸ FRANÇA, 2010, p. 166.

⁷⁵⁹ PICCHIA, Lucia Del. Poder Normativo das Agências Reguladoras: sentido da retomada do debate na doutrina jurídica. In SCHAPIRO, Mario Gomes (Coord.). *Direito Econômico: Direito Econômico Regulatório*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 331-361.

⁷⁶⁰ PICCHIA, 2010, p. 331-361.

⁷⁶¹ PICCHIA, 2010, p. 331-361.

⁷⁶² NEVES, 2009, p. 124-125.

se os atos normativos exorbitaram os limites do poder regulamentar e da delegação legislativa.

Como se observa, o poder normativo das agências está limitado pelo princípio da legalidade, já que seus atos não podem conflitar com normas constitucionais ou legais, estando suas decisões sujeitas à revisão pelo Poder Judiciário.

5.2 Poder fiscalizatório

O poder fiscalizatório das agências tem por objetivo conjugar os interesses do poder concedente, dos concessionários e dos usuários dos serviços públicos⁷⁶³ e visa a garantir que as empresas prestadoras de serviço público desempenhem seu papel em um mercado de livre concorrência, sem ter o lucro como principal foco.

Tendo em vista que o objetivo das agências reguladoras é assegurar serviços de qualidade, remunerados por tarifas módicas, elas devem atuar por meio do binômio prevenção-fiscalização.⁷⁶⁴

De acordo com Motta,⁷⁶⁵ o trabalho regulatório pretende impedir políticas anticoncorrenciais por parte das empresas, combatendo monopólios, duopólios e trustes. Logo, as agências devem vigilar as empresas concessionárias com o fim de preservar a qualidade dos serviços, zelar pela manutenção da continuidade das atividades e promover a verificação dos justos preços pela sua prestação para garantir a estabilidade do mercado.⁷⁶⁶

Como exemplo da atividade fiscalizatória, observa-se a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Combustível (ANP) que fiscaliza, tanto a exploração privada das jazidas públicas (atividade monopolizada da União), quanto a venda no varejo de combustíveis (atividade econômica privada).⁷⁶⁷

A fiscalização do objeto regulatório atua no sentido da concorrência livre do mercado para proteger o círculo de consumo do serviço privatizado que envolve o cidadão (usuário/consumidor), a empresa concessionária e o Estado.⁷⁶⁸

E, quando as agências verificarem, através do seu poder fiscalizatório, que as suas normativas não estão sendo cumpridas, podem aplicar sanções administrativas mediante o poder punitivo que a lei lhes confere.

5.3 Poder punitivo

O poder punitivo se caracteriza pela possibilidade de aplicar sanções regulatórias às empresas concessionárias que descumprirem as normas vinculadas aos serviços ou as atividades econômicas que regulam, com o objetivo de buscar a adequada prestação do serviço público.

A competência para a aplicação de sanções, evidencia a função efetivamente controladora dessas entidades públicas e, conseqüentemente, traz segurança à população

⁷⁶³ CASTRO, 2005, p. 92.

⁷⁶⁴ MOTTA, 2003, p. 187.

⁷⁶⁵ MOTTA, 2003, p. 188.

⁷⁶⁶ FRANÇA, 2010, p. 176.

⁷⁶⁷ EFING, 2009, p. 69.

⁷⁶⁸ FRANÇA, 2010, p. 177.

de que realmente existe controle sobre os serviços delegados. Assim, pode-se entender que o Estado permanece, de certo modo, responsável por aquela atividade.⁷⁶⁹

No entanto, para que as agências reguladoras possam se utilizar desta função sancionatória, deve haver previsão expressa na lei que a criou.⁷⁷⁰ Segundo Efig,⁷⁷¹ todas as agências reguladoras possuem alguma previsão expressa das suas atribuições de aplicar sanções, como, por exemplo, o art. 3º, X da Lei nº 9427/1996 que prevê a possibilidade da ANEEL fixar multas administrativas.

Destaque-se, ainda, que essa autonomia punitiva está sujeita ao controle do Poder Judiciário, que pode analisar a constitucionalidade da infração aplicada.

6 Limitações constitucionais ao poder normativo das agências reguladoras: princípios da legalidade e da segurança jurídica

Para cumprimento da tarefa regulatória, às agências reguladoras foram delegadas competências envolvendo funções originalmente exercidas pelo Estado, incluindo-se o estabelecimento de normas que fixam infrações e penalidades.

Como já demonstrado, as agências reguladoras exercem seu poder de polícia mediante, especialmente, o poder normativo e o poder punitivo.

Em linhas gerais, verificou-se que o poder exercido pelas agências, por não corresponder à delegação do poder legislativo, não pode, em hipótese alguma, violar os preceitos estabelecidos em lei, sob pena de afronta ao princípio da legalidade.

O estabelecimento desse espectro de poderes às agências reguladoras, portanto, esbarra no princípio da legalidade, que deve informar toda a atuação da Administração Pública, por força do comando constitucional constante no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal.⁷⁷²

A legalidade administrativa, nesse sentido, estabelece rigorosamente os contornos e os limites da atuação das agências, cujas competências a ela estão vinculadas estritamente. Esse princípio estabelece os contornos do poder normativo das agências, vez que seus atos não podem extrapolar os limites estabelecidos em lei, nem tampouco conflitar com normas legais e constitucionais. Ademais, suas decisões estão sempre sujeitas à revisão do Poder Judiciário.

Ante a supremacia do princípio da legalidade, a indagação jurídica que se insurge diz respeito aos limites da criação normativa de competência das agências reguladoras. Assim, pergunta-se: frente ao princípio da legalidade, qual o limite para que as agências reguladoras criem normas que instituem sanções e infrações, como fez a ANTAQ? Para responder a essa indagação, é essencial que se analise – ainda que brevemente – alguns aspectos relativos ao princípio em comento.

Para Geraldo Ataliba,⁷⁷³ a legalidade é um dos princípios em torno dos quais se ergue o edifício das instituições republicanas, operando como suas premissas mais

⁷⁶⁹ FRANÇA, 2010, p. 170.

⁷⁷⁰ EFING, 2009, p. 69.

⁷⁷¹ EFING, 2009, p. 69.

⁷⁷² “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte” (...).

⁷⁷³ ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 119.

fundamentais. O autor trata esse importante princípio constitucional como uma “imediate e necessária decorrência das exigências mais fundamentais do princípio republicano”.⁷⁷⁴

Nessa esteira, cumpre destacar que o sistema constitucional estruturou, de forma bastante clara, o ordenamento pátrio – e nem poderia ser de outra forma. O modo rigoroso como foi posto o princípio da legalidade, “melhor faz valorizado o conceito de Estado de Direito”.⁷⁷⁵

Convém atentar para a preocupação do legislador constituinte de 1998 com a consagração, em sede normativa, do princípio da legalidade e da segurança jurídica, como se depreende dos comandos dos artigos 5º, XXXIX, e 37 da Constituição Federal. Criou, portanto, o texto constitucional brasileiro um escudo de defesa dos agentes econômicos face à atuação da Administração Pública.

Isso quer dizer que o envolver do princípio ora invocado conjuga o princípio da supremacia da lei e a exclusividade da lei como forma inovadora da vontade estatal. A legalidade se mostra, portanto, nas palavras de Ataliba,⁷⁷⁶ como critério “primeiro, lógica e cronologicamente, de toda e qualquer ação estatal”.

Pichia⁷⁷⁷ assevera, nesse mesmo sentido, que a legalidade e a separação de poderes são “princípios elementares de um modelo institucionalmente adequado para o controle e a limitação do poder do governante, que só pode agir se autorizado por lei e não pode lançar mão de competência normativa para restringir direitos individuais”.

Assim, considerar a legalidade enquanto princípio basilar que informa, tanto as instituições republicanas, quando a concepção de Estado Democrático de Direito é ponto fulcral e premissa necessária para a compreensão e a limitação do poder normativo das agências.

Isso, porque, certo é que as leis instituidoras das agências reguladoras outorgam-lhes amplo espectro de atribuições normativas. Além disso, conferem ampla margem de discricionariedade⁷⁷⁸ para que as agências completem e esmiúcem os espaços deixados pela lei. Da atuação normativa que decorre deste cenário, podem resultar – e de fato resultam – exigências, restrições e instituição de sanções que não estão previstas, de maneira específica, nas normas primárias e hierarquicamente superiores.

Nesse sentido, é necessário fazer referência ao ponto de partida deste trabalho: a atuação normativa da ANTAQ.

Verifica-se, nas resoluções produzidas pela ANTAQ, em especial na Resolução-ANTAQ nº 3274/2014, o estabelecimento de infrações e de penalidades sem que exista lei prévia autorizando tal conduta. Com fulcro em cláusulas gerais que conferem às agências poder normativo com amplo espectro de atuação, sem definir seus limites, cria-se uma série de infrações e impõem-se penalidades sem que haja qualquer autorização legal para tanto.

⁷⁷⁴ ATALIBA, 1998, p. 126.

⁷⁷⁵ ATALIBA, 1998, p. 124.

⁷⁷⁶ ATALIBA, 1998, p. 159.

⁷⁷⁷ PICHIA, 2010, p. 338.

⁷⁷⁸ Ainda que se prefira crer em atuação vinculada das agências reguladoras, conforme já demonstrado ao longo do presente trabalho.

Surge, então, uma das questões mais polêmicas, na visão de Luis Roberto Barroso,⁷⁷⁹ no tocante à atuação das agências reguladoras: os limites do poder normativo frente ao princípio da legalidade. Para o autor, em que pese em alguns casos a lei apenas conferir um amplo espaço discricionário à Administração, em outros ocorre verdadeira delegação de funções do Poder Legislativo, havendo transferência de competência disciplinar. Barroso ainda destaca, na esteira do que se propõe, que o princípio da legalidade é uma das grandes garantias individuais, insculpidas no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal.

Para Rafael Munhoz de Mello,⁷⁸⁰ a motivação legal dos atos que impõem sanções e estabelecem infrações deve estar prevista em lei. Afirma o autor que “é preciso que a lei descreva a conduta ilícita e a respectiva sanção”.

Assim, nenhuma norma, a não ser a legal, pode ser inovadora na ordem jurídica vigente. Dito de outra forma, as outras normas – que não as legais –, para serem obrigatórias, devem ser implicitamente contidas em preceitos legais. Para Ataliba, “sua obrigatoriedade, nesse caso, decorre não de virtude própria, mas de sua conformidade com a lei – esta, sim, máxima expressão de vontade estatal republicana”.⁷⁸¹

Note-se que, como já asseverado, o poder normativo das agências - na medida em que, por competência legal, editam normas secundárias para regulamentar regras abertas ou cláusulas gerais, fixadas por regras primárias - é uma decorrência inexorável da discricionariedade que tais normas atribuem às agências reguladoras.

É preciso dar a devida atenção para o relevante fato da necessária vinculação da norma editada pela agência reguladora com a finalidade para qual a agência foi criada e, ainda, para a observância da limitação decorrente do princípio da legalidade. Impõe-se, assim, a observação da vinculação ou da adequação do produto do poder normativo das agências com os ditames estipulados por lei formal.

Di Pietro⁷⁸² salienta que a criação das agências reguladoras no Brasil teve inspiração no movimento de agencificação do direito norte-americano. Para a autora, “copiou-se o modelo norte-americano no que elas permitem o exercício de parcela de poder público, mas não se copiou o procedimento de criação do direito, que permite dar legitimidade ao exercício do poder”,⁷⁸³ especialmente no que diz respeito à motivação das normas, ao respeito à legalidade e à participação popular.

No direito regulatório norte-americano, há a previsão de um procedimento que deve necessariamente ser observado pelas agências quando da elaboração de normas e regulamentos. A não observância acarreta manifesta ilegalidade. Nos Estados Unidos, conforme aponta Di Pietro,⁷⁸⁴ as agências devem se manifestar sobre as sugestões dos agentes interessados, bem como motivar toda edição de norma. Além da motivação, a edição de normas e regulamentos pressupõe a demonstração de sua razoabilidade, ficando esses elementos sujeitos ao controle judicial.

⁷⁷⁹ BARROSO, Luis Roberto. Agências reguladoras. Constituição, transformações do estado e legitimidade democrática. In: BINEMBOJM, Gustavo (Org.). *Agências reguladoras e democracia*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 81-84.

⁷⁸⁰ MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 121-122.

⁷⁸¹ ATALIBA, 1998, p. 125.

⁷⁸² DI PIETRO, 2009, p. 37.

⁷⁸³ DI PIETRO, 2009, p. 37.

⁷⁸⁴ DI PIETRO, 2009, p. 48.

Verifica-se, portanto, maior rigor no que diz respeito aos procedimentos norte-americanos e à edição de regulamentos, em especial quando se tratar da afetação de direitos fundamentais dos cidadãos.

Di Pietro⁷⁸⁵ preleciona, ainda, que o entusiasmo pela figura da agência e de sua função reguladora acarretou a instituição de outras, com diferentes funções, que não guardam relação com a regularidade de mercado e que se inserem no poder de polícia do Estado.

Conforme a autora,⁷⁸⁶ falar de regulação como um novo tipo de direito, caracterizado como negocial, flexível e indicativo, impõe o reconhecimento de que tal constatação convive com formas tradicionais de produção legislativa, que apresentam o caráter de imperatividade, de generalidade e de abstração e devem, necessariamente, atender ao princípio constitucional da legalidade.

Por conta disso, ainda que se reconheça a pluralidade de fontes (não só estatal), a hierarquia das fontes – e, por consequência, das normas – deve ser observada em conformidade com o ordenamento constitucional brasileiro. Nessa esteira, no direito brasileiro, “prevalece a lei sobre os atos normativos da Administração Pública”.⁷⁸⁷

Não se ignore a consciência da necessidade de reconhecimento do poder normativo conferido às agências reguladoras da Administração Pública, diante da ideia de especialização técnica inerente à sua criação, como já demonstrado, bem como do “modismo e globalização que levam à imitação do direito estrangeiro”.⁷⁸⁸

Todavia, há que se observar a atuação das agências reguladoras, a fim de que não ocorra verdadeira erosão do princípio da legalidade, na medida em que a atividade normativa vem sendo exercida, muitas vezes, de forma exorbitante dos limites constitucionais, como restou exemplificado com a Resolução-ANTAQ nº 3274/2014.

O sistema constitucional brasileiro, como esposado, traduz uma relevante preocupação com a segurança jurídica, especialmente em matéria sancionatória. Por conta disso, além de uma correspondência chamada de *sintática*, mister a existência de uma correspondência *semântica*, no que diz respeito ao poder normativo das agências, para que não se inove na ordem jurídica, especialmente se isso foi feito por legislação infralegal.

Isso quer dizer que, do ponto de vista dito *sintático*, as normas infralegais – resoluções, portarias e demais atos normativos – devem advir de agente com competência e devem respeitar a forma legal da expedição.

Mas, para além disso, devem, necessariamente, guardar uma correspondência *semântica* com a legislação, em homenagem ao princípio da legalidade e da segurança jurídica dos agentes privados regulados.

A correspondência semântica permite que o produto do poder normativo das agências interprete ou explique conceitos indeterminados, especialmente aqueles de natureza técnica, contidos em leis e regulamentos. Nas palavras de Di Pietro,⁷⁸⁹ “trata-se de conceitos que se inserem na ideia de especialização das agências, exigindo definição mais precisa, porém sem inovar na ordem jurídica”.

⁷⁸⁵ DI PIETRO, 2009, p. 38.

⁷⁸⁶ DI PIETRO, 2009, p. 40.

⁷⁸⁷ DI PIETRO, 2009, p. 41.

⁷⁸⁸ DI PIETRO, 2009, p. 42.

⁷⁸⁹ DI PIETRO, 2009, p. 49.

Não há que se falar em edição de regras de conduta, que estabeleçam infrações, inovando na ordem jurídica e restringindo direitos individuais, sob pena das agências pretenderem se substituir ao legislador. A limitação aqui exposta cumpre o papel de preservação mínima – e absolutamente necessária, diante do imperativo constitucional – do princípio da legalidade e do princípio da segurança jurídica.

Portanto, as resoluções, regulamentos e todas as demais formas de exteriorização de normas secundárias devem ser editadas *intra legem*, sem inovar para além das hipóteses legalmente tipificadas.

Assim, o respeito à legalidade garante segurança jurídica para os sensíveis setores regulados da economia brasileira. Segundo Picchia,⁷⁹⁰ “é escopo das agências reguladoras assegurar certa previsibilidade em sua atuação, com estabilidade em relação às políticas públicas estatais, essas, por sua vez, variáveis de acordo com decisão do Poder Político – daí falar-se em redução do ‘risco regulatório”.

Dessa forma, impõe-se que as agências possuam especialidade técnica e flexibilidade de atuação que garantam a efetividade de sua atuação, sempre em respeito ao princípio da legalidade, corolário da segurança jurídica. Isso permite oferecer maior previsibilidade e proteção aos investimentos dos agentes privados em setores relevantes e absolutamente necessários ao desenvolvimento do país. Isso se agrava, ainda, já que os setores regulados são sensíveis à dinamicidade da economia, à globalização e ao crescimento do país.

7 Conclusão

O surgimento das agências reguladoras ocorreu como uma forma de o Estado controlar e regular a prestação dos serviços públicos que passaram a ser exercidos pela atividade privada. Assim, essas autarquias especiais surgiram com a finalidade de garantir que os serviços públicos seriam prestados com qualidade e de forma acessível à população. Nesse contexto, surgem as agências reguladoras.

Assim, as agências devem fiscalizar a efetiva prestação do serviço público pelas empresas e, para tanto, é essencial que sejam dotadas de poderes específicos para poder editar normativas e regulamentos a serem cumpridos pelos prestadores de serviços, de modo a direcioná-los ao interesse público, podendo cumprir adequadamente suas finalidades de fiscalização e aplicação de sanções.

Todavia, a despeito de fundamental para cumprimento das finalidades inerentes à regulação, os poderes conferidos às agências, em especial o normativo, devem observar, com rigor, os ditames estabelecidos pelo princípio constitucional da legalidade.

A edição de normas e de regulamentos pelas agências reguladoras, portanto, não pode inovar na ordem jurídica, especialmente no que diz respeito ao estabelecimento de infrações, penalidades e restrições aos direitos individuais. Caso contrário, estará se deturpando a finalidade para a qual as agências foram instituídas no ordenamento jurídico brasileiro.

E é exatamente essa situação que se verifica na Resolução-ANTAQ nº 3274/2014 que em seus artigos 32 e 35 estabelece diversas infrações administrativas que dizem

⁷⁹⁰ PICCHIA, 2010, p. 354.

respeito à atividade dos operadores portuários, sem que exista qualquer autorização legal para tanto, seja na Lei nº 10.233/2001 (Lei do Transporte Aquaviário e Terrestre), seja na Lei nº 12.815/2013 (Novo Marco Regulatório do setor portuário) ou, ainda, em qualquer outra lei nacional.

Isso ocorre, principalmente, em virtude da ausência de delineamento rigoroso, pela lei que institui a competência das agências, abrindo-se margem para o poder de polícia das agências exercido de maneira tal que seus limites sejam extrapolados.

Ainda que à ANTAQ tenha sido outorgado poder normativo, na forma de *standards*, característico das agências reguladoras, nenhuma das infrações e sanções previstas na Resolução-ANTAQ nº 3274/2014 está autorizada em lei, havendo verdadeiro desrespeito ao princípio constitucional da legalidade.

Assim, torna-se essencial que as leis que atribuam os poderes normativos à ANTAQ e às demais agências reguladoras não o façam por meio de cláusulas gerais, ou *standards*, a fim de evitar que as agências estabeleçam infrações e penalidades sem que exista lei prévia autorizando tal conduta. A eventual inserção de mecanismos jurídicos pelas agências reguladoras para além do que a lei estabelece caracteriza uma atuação excessiva, arbitrária e ilegal por parte dessas autarquias e deslegitima o controle estatal dos entes privados.

Por isso, é necessário um mecanismo de controle efetivo, tanto pelo Poder Legislativo, na edição das Leis, para que sejam estabelecidas as competências das agências reguladoras de modo mais específico e detalhado, quanto pelo Poder Judiciário, a fim de evitar que sejam expedidos regulamentos e resoluções em dissonância com a lei em sentido estrito, em afronta aos princípios constitucionais da legalidade e da segurança jurídica.

Referências

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

ARAGÃO, Alexandre Santos de; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Omissão no Exercício do Poder Normativo das Agências e a Concorrência Desleal. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord). *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. P.403-426.

CAL, Arianne Brito Rodrigues. *As agências reguladoras no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. *Processo Administrativo e controle da atividade regulatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanela. *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

EFING, Antônio Carlos (Coord). *Agências reguladoras e a proteção do consumidor brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2009.

FRANÇA, Phillip Gil. *O Controle da Administração Pública: tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GRAU, Eros Roberto. As agências, essas repartições públicas. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord). *Regulação e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. Malheiros: São Paulo, 2009.

MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências Reguladoras*. Barueri: Manole, 2003.

NEVES, Rodrigo Santos. *Função Normativa e Agências Reguladoras: uma contribuição da teoria dos sistemas à regulação jurídica da economia*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009.

PICCHIA, Lucia Del. Poder Normativo das Agências Reguladoras: Sentido da retomada do debate na doutrina jurídica. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (Coord.). *Direito Econômico: Direito Econômico Regulatório*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 331-361.

TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Método, 2003.

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

FORIGO, Camila Rodrigues; BAKI, Amália Pasetto. O Princípio da Legalidade e as agências reguladoras: uma análise a partir da Resolução-ANTAQ nº 3274/2014. In: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). Problemas emergentes da Administração Pública. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. *Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 315-331.

ADESÃO À ATA DE REGISTRO DE PREÇOS: UMA ANÁLISE SOB O ENFOQUE DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

CLÁUDIA DE OLIVEIRA CRUZ CARVALHO

1 Introdução

À medida que surge o interesse público, o Estado deve ater-se aos meios constitucionalmente instituídos para seu atendimento. A obrigatoriedade em se realizar procedimento licitatório para as contratações com a Administração Pública é um exemplo de meio constitucionalmente instituído para suprir os interesses públicos.

O Sistema de Registro de Preços é procedimento especial de licitação, como exposto na sequência, e suas regulamentações concentram-se na Lei de Licitações 8.666/93 e no Decreto nº 7892/2013 e alterações.

Diante das maiores vantagens, o Sistema de Registro de Preços vem sendo largamente utilizado pelo administrador público, propiciando contratações vantajosas e céleres se comparadas ao procedimento comum de licitação. Porém, e nisto fundamenta-se todo este estudo, o Decreto nº 3931/2001, alterado pelo Decreto nº 7892/2013, instituiu uma possibilidade até antes não declarada, qual seja: as adesões às atas de registro de preços.

Através do artigo 22, do Decreto nº 7892/2013, há a possibilidade de que outro ente da Administração, que não participou da licitação original, faça um pacto com fornecedor já registrado em Ata de Registro de Preços existente previamente em entidade diversa. Em outros termos, Joel de Menezes Neiburh esclarece que a “adesão à Ata de Registro de Preços, apelidada de carona, é o procedimento por meio do qual um órgão ou entidade que não tenha participado da licitação que deu origem à Ata de Registro de Preços adere a ela e vale-se dela como se sua fosse, sendo-lhe facultado contratar até cem por cento do quantitativo nela registrado”.⁷⁹¹

⁷⁹¹ NEIBURH, Joel de Menezes; GUIMARAES, Edgar. *Sistema de Registro de Preços: aspectos jurídicos e práticos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 109.

Nota-se que nesta ocasião, dentre outros fatores, há a Administração, deixando de fazer nova licitação, posto que adere a uma ata já existente, e há um fornecedor, que firma contrato com um ente até então desconhecido. Por óbvio que a obrigatoriedade da licitação é mitigada nesta situação, bem como o princípio da isonomia entre os fornecedores. Resta analisar se esta mitigação encontra fundamentos suficientes para sua conservação.

Portanto, diante do crescente uso desse mecanismo, dos debates doutrinários tão divergentes acerca da sua legalidade, e dos posicionamentos jurisprudenciais insuficientes, faz-se necessária a análise deste instituto do “carona” frente aos princípios que regem a Administração Pública, bem como frente àqueles específicos das Licitações Públicas, de modo que se busque um posicionamento sólido em relação ao tema.

2 Licitações públicas

Licitação, como processo administrativo⁷⁹² que antecede o contrato administrativo, é a regra consagrada no artigo 37, inciso XXI, da Constituição.

Composta por uma série de atos jurídicos ordenados de modo que permita aos particulares interessados apresentarem-se à Administração e contratarem com ela, a licitação é um “procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos de seleção da proposta mais vantajosa, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica”.⁷⁹³ Registra-se que recentemente a licitação adquiriu um novo pilar de sustentação: o desenvolvimento sustentável, haja vista os termos do art. 3 da Lei nº 8666/93, alterado pela Lei nº 12.349/2010.

É de se notar, da matriz do conceito, que licitação diz respeito à obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração, e com respeito pelo fornecedor através do princípio da isonomia, e a promoção ao desenvolvimento sustentável. Isso, porque o conceito foi traçado preservando-se os princípios da Administração Pública e os princípios específicos da licitação, os quais trabalham para concretizar o interesse público. É devido, pois, analisar alguns termos do interesse público, uma vez que o seu desconhecimento pode acarretar em entendimentos errôneos, em relação ao que se pretende expor neste estudo.

2.1 O interesse público

A Constituição não traz objetivamente o que é o Interesse Público, até porque “o princípio da supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado é princípio

⁷⁹² Visando à estrita técnica, compreende-se licitação pública como processo, conforme explica o professor Romeu Felipe Bacellar: “Em que pese entendimento diverso de respeitáveis autores, entende-se que a licitação é processo e não procedimento. (...) Processo é espécie do gênero procedimento. O próprio art. 38, da Lei nº 8666/93, demonstra isso, realçando a relação gênero/espécie, e caracterizando a licitação como processo, devido à sua inerente beligerância. Assim, sem dúvida, a licitação é processo, pois nasce marcada por uma conflagração, uma verdadeira disputa de interesses...” (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 104). Todavia, para fins didáticos, processo e procedimento serão tratados como sinônimos neste estudo.

⁷⁹³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 60.

geral de Direito, inerente a qualquer sociedade”.⁷⁹⁴ Existe, desde os primórdios, para assegurar o Interesse Privado,⁷⁹⁵ protegendo o indivíduo.

Figueiredo⁷⁹⁶ ensina que o interesse público é aquele em que a Constituição deu tratamento especial, e citando Fiorini, traz que os interesses públicos possuem distintos graus de acentuação e âmbitos de extensão, não significando “único conteúdo e menos um regime jurídico igual para todos. (...) As relações jurídicas que criam distinguem-se pela quantidade e pela extensão da necessidade pública que satisfazem, desde o interesse coletivo e primário até o dos particulares, quando houver interesse da coletividade de ampara-los”.⁷⁹⁷

O conceito negativo de interesse público de Justen Filho trata de mostrar o que o Interesse Público não é, abordando três negativas relativas a ele: o Interesse Público não é o interesse do Estado, uma vez que o Interesse Público existe antes do próprio Estado. O Estado Democrático é instrumento de realização dos interesses públicos; o Interesse Público não se confunde com o interesse do aparato administrativo, não podendo ser confundido o Interesse Público com uma “conveniência egoística da administração pública”; o Interesse Público não se confunde com o interesse do agente público que exerce a função administrativa, ou seja, todos os interesses privados e egoísticos do agente público não podem ser vistos como interesse público, porque não o são.⁷⁹⁸

Neste ponto, há oportunidade de mostrar a diferença entre os interesses públicos primários e secundários mencionado por Bandeira de Mello: Interesse Público Primário diz respeito ao interesse da sociedade como um todo e que merece ser validado. É o interesse público consagrado em lei e entregue ao Estado para ser seu representante; Já o Interesse Público Secundário forma-se no próprio aparelho estatal, na entidade personalizada. Este interesse secundário cederá vez sempre, a não ser que corresponda também ao Interesse Público Primário.⁷⁹⁹

Portanto, nota-se que a Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado não dá à Administração uma liberalidade sobre os seus atos, mas sim, uma vinculação ao interesse majoritário da sociedade.

2.2 O Sistema de Registro de Preços

Para a fiel compreensão do instituto “carona”, é necessário apresentar algumas características do Sistema de Registro de Preços. Desde logo, deve-se firmar de imediato, adotando um conceito negativo,⁸⁰⁰ o entendimento consolidado de que o Sistema de Registro de Preços não é uma nova modalidade de licitação. Das seis modalidades

⁷⁹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 524-525.

⁷⁹⁵ HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2001, p. 197. Para uma compreensão apurada da supremacia do interesse público sobre o privado, conferir a obra completa.

⁷⁹⁶ FIGUEIREDO, Lucia Vale. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 36.

⁷⁹⁷ FIORINI, Bartolomé. *Teoria Jurídica Del Acto Administrativo*. Buenos Aires, 1969, p. 81 *Apud*. FIGUEIREDO, Lucia Vale. *Op. cit.*, idem.

⁷⁹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso...*, p. 59.

⁷⁹⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso...*, p. 99.

⁸⁰⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso...*, p. 59.

existentes,⁸⁰¹ o Sistema de Registro de Preços pode ser processado em apenas duas delas, quais sejam: o pregão e a concorrência.

O Sistema de Registro de Preços é uma maneira de realizar a licitação, ou seja, é um procedimento a ser adotado na condução da licitação. Para Eliana Goulart. Leão, o Sistema de Registro de Preços “consiste num procedimento especial de licitação e contratação, a ser adotado para compras cujos objetos sejam materiais, produtos ou gêneros de consumo frequente pelo Poder Público”.⁸⁰²

Em termos: no procedimento por Sistema de Registro de Preços, a Administração realiza a licitação, mas não tem a obrigatoriedade de adquirir o que foi licitado. Os preços finais da licitação são registrados, dando à Administração a liberdade de “comprar se quiser, quando quiser e na quantidade que quiser”.⁸⁰³ O licitante deve manter os mesmos preços registrados durante toda a vigência da Ata de Registro de Preços e, sendo convocado pela Administração, deve garantir o fornecimento dos materiais registrados. Está aí a principal característica do Sistema de Registro de Preços, a não obrigatoriedade da Administração em contratar o que foi registrado. Por consequência, é desnecessária a inicial reserva orçamentária.

Neste procedimento, há momento específico para a inclusão das necessidades de outros órgãos, as quais deverão ser consolidadas em um único instrumento convocatório. O órgão que manifesta sua intenção em participar desta licitação com suas necessidades é chamado de órgão participante, e o órgão que está realizando a licitação de fato é o órgão gerenciador.

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes enumera três vantagens de ser participante, se comparado aos órgãos que aderem à ata posteriormente: suas expectativas de consumo são previstas no ato convocatório; o participante tem dos fornecedores o compromisso com a entrega; o participante pode requisitar diretamente ao fornecedor seus objetos previstos no edital.⁸⁰⁴

Encerrada a sessão pública da licitação para registro de preços, a Administração registrará os preços homologados em Ata de Registro de Preços, para que, à medida de sua necessidade, possa firmar contratos com os fornecedores.

2.3 A Ata de Registro de Preços

Com a assinatura da Ata de Registro de Preços, o licitante vencedor contrai a obrigação de fornecer ao tempo que for solicitado, e caso seja de fato solicitado pela Administração, o objeto registrado. “Ou seja, no registro de preços, entre a licitação e o contrato há a Ata de Registro de Preços. Por isso é que se afirma que o registro de preços abrange três etapas, a saber: licitação, Ata de Registro de Preços e contrato”.⁸⁰⁵

⁸⁰¹ O artigo 22, da Lei nº 8666/93, nos seus diversos parágrafos, contempla a definição das modalidades de licitação, a saber: convite, concurso, tomada de preços, leilão e concorrência. A Lei nº 10.520/2002 fez surgir a última modalidade de licitação, o pregão (eletrônico e presencial).

⁸⁰² LEÃO, Eliana Goulart. *O Sistema de Registro de Preços: uma revolução nas licitações*. Campinas: Bookseller, 1996. p. 17.

⁸⁰³ NEIBURH, Joel de Menezes; GUIMARAES, Edgar. *Op cit.*, p.30.

⁸⁰⁴ FERNANDES, J. U. Jacoby. *Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial e Eletrônico*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 180.

⁸⁰⁵ NEIBURH, Joel de Menezes; GUIMARAES, Edgar. *Op cit.*, p. 82.

Em termos, a Ata de Registro de Preços é “documento vinculativo, obrigacional, com característica de compromisso para futura contratação, em que se registram os preços, os fornecedores, os órgãos participantes e as condições a serem praticadas”.⁸⁰⁶ Resta claro que não se trata de um instrumento contratual, mas sim, um instrumento de obrigações unilaterais, um protocolo de intenções entre a Administração e os fornecedores,⁸⁰⁷ uma vez que dá ao licitante detentor da ata a obrigação de fornecer o objeto licitado no momento da solicitação e conforme o já acordado anteriormente. Seu conteúdo, diante disso, deve ater-se a conter os elementos essenciais para um futuro contrato: qualificação dos signatários da ata; descrição precisa do objeto licitado; condições de execução do objeto; preços por unidade ou lote; prazo de validade da ata e procedimento para formalização dos futuros contratos.⁸⁰⁸ Esta observância protege diretamente o Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório. Segundo Leão, “a Ata de Registro de Preços é vinculada à licitação pública; o conteúdo dela é previamente moldado pelo conteúdo do instrumento convocatório”.⁸⁰⁹

Justen Filho explica o caráter obrigacional da ata. “Dito de outro modo, a Ata de Registro de Preços formaliza uma promessa de contratação, de cunho irrevogável, para o particular. A eventual recusa em cumprir os termos da obrigação assumida na ata equivale à infração prevista no artigo 81 da Lei nº 8.666”.⁸¹⁰

A respeito da vigência e da prorrogação da ata, a regra está no artigo 15, §3, inciso I, da Lei nº 8666/93, onde consta que a validade da Ata de Registro de Preços não poderá exceder a um ano, ou seja, os efeitos da vigência da ata não poderão perdurar após um ano. Em complemento, o artigo 12 do Decreto nº 7892/2013 traz a possibilidade de prorrogação da Ata de Registro de Preços, de modo que tais prorrogações não excedam o limite máximo de 12 meses da vigência da ata. Ou seja, é possível a prorrogação da Ata de Registro de Preços, desde que somadas as vigências, estas não ultrapassem o limite máximo de 12 meses. Como exemplo, se firmado uma ata com vigência de 6 meses, seria possível prorrogar esta ata por outros 6 meses, totalizando, assim, a vigência máxima de 12 meses.⁸¹¹

Resta-nos analisar o que há de mais interessante juridicamente neste processo *sui generis* de licitação, qual sejam as adesões às Atas de Registro de Preço.

2.4 Adesão à Ata de Registro de Preços

Apresentado o contexto do Sistema de Registro de Preços, cabe a nós entrar de fato nesta peculiaridade que é o procedimento de adesão à Ata de Registro de Preços, aqui tratada simplesmente pelo nome de “carona”.⁸¹²

⁸⁰⁶ Decreto nº 7892/2013, artigo 2, inciso II.

⁸⁰⁷ LEÃO, Eliana Goulart. *Op. cit.*, p. 71.

⁸⁰⁸ NEIBURH, Joel de Menezes; GUIMARAES, Edgar. *Op. cit.*, p. 84.

⁸⁰⁹ LEÃO, Eliana Goulart. *Op. cit.*, p. 85.

⁸¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários...*, p. 214.

⁸¹¹ Tribunal de Contas da União, Acórdão nº 991/2009. No mesmo sentido, a Orientação Normativa nº 19/2009 da Advocacia Geral da União.

⁸¹² Este procedimento vulgarizou-se sob a denominação de *carona* que traduz em linguagem coloquial a ideia de aproveitar o percurso que alguém está desenvolvendo para concluir o próprio trajeto, sem custos. (FERNANDES, J. U. Jacoby. *Op. cit.*, p. 667)

O Decreto Federal nº 7892/2013, que regulamentou o Sistema de Registro de Preços, através de seu artigo 22, trouxe como possibilidade o uso da Ata de Registro de Preços por órgão ou entidade que não tenha participado da licitação que deu origem a estas atas.

A Lei Geral de Licitações em nada dispõe sobre tal possibilidade de adesão por órgãos que não foram participantes quando da realização da licitação, sendo o “carona” por este motivo previamente criticado por muitos doutrinadores⁸¹³ quanto à sua legalidade, o que será analisado posteriormente. Basta por ora que se admita como única legislação fundante do “carona” os termos do artigo 22, Decreto Federal nº 7892/2013, revogador do antigo Decreto nº 3931/2001 que criou o “carona”.

Assim, identificada uma necessidade para a Administração, verificada se a necessidade não é atendida com Dispensa de Licitação ou Inexigibilidade de Licitação, consulta-se a existência de Ata de Registro de Preços firmada com o objeto da necessidade. Havendo, inicia-se o procedimento de adesão à Ata de Registro de Preços, ou seja, inicia-se a formalização do “carona”. De acordo com Fernandes, esta possibilidade no sistema de registro de preços é “uma opção inteligente para redução de custos e de controle”.⁸¹⁴ Em suas palavras, “permite-se ao “carona”, que diante da prévia licitação do objeto semelhante por outros órgãos, com acatamento das mesmas regras que aplicaria em seu procedimento, reduzir os custos operacionais de uma ação seletiva”.⁸¹⁵

De modo a visualizar o procedimento, segue exemplo de “carona”: O órgão ‘A’ promove licitação para registro de preços de 1.000 computadores. Concluída a licitação, o órgão ‘A’ firma Ata de Registro de Preços deses 1.000 computadores. Quando da necessidade, o órgão ‘A’ adquire os 1.000 computadores com o fornecedor X. O órgão ‘B’, que em nenhum momento participou desta mesma licitação do órgão ‘A’, verifica que precisa adquirir 1.000 computadores e toma conhecimento da Ata de Registro de Preços do órgão ‘A’. Feitos os contatos, o órgão ‘B’ adquire autorização do órgão ‘A’ para usufruir desta Ata de Registro de Preços dos 1.000 computadores registrados. O órgão ‘B’ adquire os 1.000 computadores do fornecedor X. Nota-se que o “carona” ocorreu no momento em que o órgão ‘B’ utilizou-se da ata do órgão ‘A’, com o qual não teve prévia participação até aquele momento. Assim sendo, o fornecedor que teve o preço dos computadores registrados venderá 1.000 computadores para o órgão ‘A’ e outros 1.000 para o órgão ‘B’, mesmo tendo participado de uma única licitação.

Cabe, desde logo, mencionar que até meados de 2012 não havia limitação a quantidades de “caronas” por Ata de Registro de Preços. Assim, seguindo o exemplo acima, a empresa X com os computadores registrados poderia fornecer para o órgão ‘B’, ‘C’, ‘D’ e assim por diante, quantos fossem os interessados em adquirir aquele material registrado. Esta falta de limites do “carona” sofreu alteração com o advento do Decreto nº 7892/2013, de janeiro de 2013, o qual revogou o Decreto nº 3931/2001.

Para a formalização do “carona”, exige-se alguns procedimentos específicos: comprovação de que o objeto do registro é justamente a necessidade do órgão

⁸¹³ Dentre os doutrinadores contrários a prática do “carona”, estão os professores: Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro, 27. ed), Marçal Justen Filho (Comentários à Lei de Licitações e Contratos, 14. ed), Joel de Menezes Nieburh e Edgar Guimarães (Registro de Preços: aspectos práticos e jurídicos).

⁸¹⁴ FERNANDES, J. U. Jacoby. Carona em sistema de registro de preços: uma opção inteligente para redução de custos e controle. *O pregoeiro*. Ano III, out 2007. p.27-35.

⁸¹⁵ FERNANDES, J. U. Jacoby. *Sistema... Op. cit.*, p. 673.

interessado; consulta prévia ao órgão gerenciador; necessidade da autorização do órgão gerenciador a esta adesão; comprovação da vantajosidade econômico-financeira; concordância da empresa para o fornecimento; e aquisição de, no máximo, 100% do registrado em ata.

Ainda, é importante mencionar que quanto à abrangência das adesões por esferas distintas, o Tribunal de Contas decidiu pela impossibilidade de o órgão de esfera superior aderir ao órgão de esfera inferior, ou seja, a União não poderá aderir a atas de registro de preços firmadas pelos estados, Distrito Federal e municípios, uma vez que isto poderia limitar a competitividade.⁸¹⁶ No mesmo sentido, a Advocacia Geral da União emitiu a Orientação Normativa nº 21/2009.⁸¹⁷

Apresentado todo o ambiente de atuação do “carona”, resta-nos compreender as possíveis inconsistências constitucionais e infraconstitucionais do procedimento. Desde já, é válido informar que em consultas às decisões do Tribunal de Contas da União, nota-se que desde 2007, o Tribunal não se manifesta no sentido de proibir ou de autorizar essa forma de contratação.

3 O “carona” e a afronta aos princípios constitucionais

A Constituição Federal, no *caput* do artigo 37, traz de maneira taxativa os princípios norteadores da Administração Pública, quais sejam: os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e o princípio da eficiência.

3.1 Violação ao Princípio da Legalidade

Dentre as maiores discussões referente ao tema “carona”, todas iniciam com a clara afronta ao Princípio da Legalidade com a sua criação.

Além de impedir os abusos do Estado, o princípio da legalidade traz limitações à atuação do administrador, sendo que ele só poderá fazer o que a lei permitir. Submete, segundo Bandeira de Mello, “os exercentes do poder em concreto – administrativo – a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos.”⁸¹⁸

Figueiredo esclarece que a intenção da legalidade não foi meramente a de sujeitar o administrador à lei *strito sensu*. Apresentando Massimo Severo Giannini, afirma que se antes havia de fato uma subordinação a um paralelo, devendo cada ato ter uma lei específica, hoje temos uma visão ampla, ou, nas palavras de Giannini, “passou-se de uma interpretação de sentido negativo para uma de sentido positivo”.⁸¹⁹ Há uma necessidade de integração para se completar a norma estreita, faltante, incompleta.

Nisso, chega-se à melhor porção do Princípio da Legalidade para este estudo. Se de um lado temos que para Bandeira de Mello a legalidade “deve ser entendida como conformidade à lei e, sucessivamente, às subseqüentes normas que, com base nela, a

⁸¹⁶ Tribunal de Contas da União, Acórdão nº 27.147/2008, 1ª Câmara.

⁸¹⁷ Orientação Normativa nº 21/2009. Ementa: É vedada aos órgãos públicos federais a adesão à Ata de Registro de Preços, quando a licitação tiver sido realizada pela administração pública estadual, municipal ou do Distrito Federal.

⁸¹⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso...*, p. 57.

⁸¹⁹ GIANNINI, Massimo Severo. *Istituzioni di Diritto Amministrativo*. Milano, Dott A. Guiffrè Editore, 1981. p. 262. *Apud*. FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Op. cit.*, p.43.

Administração expeça para regular mais estritamente sua própria discricção, adquirindo então um sentido mais amplo”,⁸²⁰ de modo complementar nota-se que não havendo normas expressas, será feita uma busca de legalidade no contexto sistemático.

O Princípio da Legalidade na Administração Pública deverá delimitar a atuação do administrador frente aos ditames dos textos existentes, ser base para a interpretação de subsequentes normas infralegais e, por fim, sofrer os efeitos da integração de uma norma com outra norma extraída da própria ordem jurídica, “utilizando-se, como vetor para o raciocínio, os princípios gerais do Direito”.⁸²¹

A fundamentação legal do “carona” surge por meio do Decreto Federal nº 3931/2001, não tendo previsão alguma na Lei Geral das Licitações, Lei nº 8666/93. Em sentido estrito, a violação ao princípio da legalidade é de caráter formal, surgindo com o instrumento utilizado para sua criação, o qual não teria o direito de fazê-lo. Recordase que o “carona” foi criado por simples regulamento administrativo traduzido em Decreto Federal. “A forma como o *carona* foi criado, valendo-se de mero regulamento administrativo, sem previsão legal, é que fere o Princípio da Legalidade, não o seu conteúdo ou aquilo que o *carona* em si implica ou dispõe. (...) *Quem* poderia, em tese, criar a adesão à Ata de Registro de Preços é o Poder Legislativo, através de lei, em obediência ao princípio da legalidade.”⁸²²

Concorda com este posicionamento Justen Filho, quando diz que “o vício mais evidente da figura do “carona” é a ilegalidade. A Lei nº 8.666/93 não facultou a instituição dessa sistemática, que foi introduzida por meio de regulamento”.⁸²³

Fácil é verificar que, uma vez que a Lei Geral de Licitações, Lei nº 8666/93, em nada diz respeito ao “carona” para as contratações públicas, e muito menos indica implicitamente algum dispositivo que viole a regra de licitação do artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal, o “carona” é, pois, contextualmente ilegal para nosso ordenamento jurídico.

Assim, a afronta ao princípio da legalidade pelo “carona” alcança, tanto a legalidade analisada por Bandeira de Mello, qual seja a conformidade da lei e as normas subsequentes feitas baseadas nesta lei, quanto a legalidade que analisa não só a literalidade ou a interpretação factual da legalidade, mas aquela que verifica todo o contexto do atual ordenamento jurídico.

3.2 Violação ao Princípio da Impessoalidade

Há duas vertentes deste princípio: a impessoalidade, na figura do Administrador; e a impessoalidade, na figura do administrado. A impessoalidade do Administrador diz que seus atos não podem se basear em interesses pessoais para beneficiar alguém ou alguma situação. Já a impessoalidade, frente aos administrados, há a garantia de que este não pode e não deve ser favorecido ou prejudicado, no exercício da atividade da Administração Pública, por suas exclusivas condições e características.

Nas palavras de Nívea Carolina de Holanda Seresuela, “todo e qualquer administrado deve sempre relacionar-se de forma impessoal com a Administração, ou

⁸²⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso...*, p. 57

⁸²¹ FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Op. cit.* p., 44.

⁸²² NEIBURH, Joel de Menezes. *Op. cit.*, p. 115.

⁸²³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários...*, p. 208.

com quem em seu nome atue, sem que suas características pessoais, sejam elas quais forem, possam ensejar predileções ou discriminações de qualquer natureza.⁸²⁴

A impessoalidade associa-se também ao direito público e privado, como explica Figueiredo citando Giannini: "...o significado tradicional de imparcialidade tinha conteúdo negativo, porém atualmente, encerra conteúdo positivo, preceito que impõe a cada autoridade pública, no exercício da atividade administrativa, a consideração, de modo objetivo, dos vários interesses públicos e privados a avaliar".⁸²⁵

Ora, uma vez que a Administração para realizar o "carona" precisa tão somente que haja uma Ata de Registro de Preços firmada com suas necessidades, que o preço esteja de acordo com aquele praticado no mercado, e que a empresa e o órgão gerenciador concorde com a adesão, fácil é perceber que havendo duas atas com tais características, ficará a cargo da Administração **escolher** qual das duas atas aderir, o que evidencia a violação ao Princípio da Impessoalidade da Administração.

Nada há na lei que possa limitar esta discricionariedade da Administração no momento da adesão. Como ensina Bandeira de Mello, a Administração tem que tratar os administrados sem discriminações, sejam estas benéficas ou detrimetosas, e quando a Administração **escolhe** com quem contratar, mesmo dentro do que é permitido pela legislação vigente, fere os limites da impessoalidade.⁸²⁶ Para alguém, esta escolha trará efeitos altamente lucrativos. Já para os não escolhidos, esta atuação da Administração poderá proibir que tal empresa forneça seus serviços para a Administração por até cinco anos consecutivos. Cabe ainda mencionar que, pelo estudo desenvolvido até o momento, não se pode justificar o uso do "carona" visando a contenção de trabalho público, o gerenciamento de despesas com pessoal, ou o planejamento de boa administração, uma vez que antes de entrar nessas searas, há um interesse público primário sendo violado.

Decerto que as consequências dessas atuações discricionárias da Administração dão margem a uma face que não deve ser ignorada: a corrupção nas licitações e nos contratos administrativos, a qual tem ampla ligação com a violação ao Princípio da Moralidade.

3.3 Violação ao Princípio da Moralidade

Muito há de subjetivo no Princípio da Moralidade, uma vez que trabalha com as ideias de decisões éticas, de honestidade e de seriedade. De qualquer sorte, o Princípio da Moralidade é o norteador dos comportamentos virtuosos do Administrador para com os membros da sociedade. Segundo Neiburh, "o Princípio da Moralidade exige que os agentes administrativos envolvidos em licitação pública atuem de boa-fé, de maneira proba e honesta, sem esconder dados ou informações, sem pretender receber vantagens indevidas ainda que favorável à Administração."⁸²⁷

⁸²⁴ SERESUELA, Nívea Carolina de Holanda. Princípios constitucionais da Administração Pública. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3489>>. Acesso em: 10 set. 2014.

⁸²⁵ GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto Amministrativo*. 3. ed. V I, 1993, p. 91-92. *Apud*. FIGUEIREDO, Lucia Vale. *Op. cit.*, p. 55.

⁸²⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso...*, p. 57.

⁸²⁷ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. Curitiba: Zenite, 2008. p. 35.

O Princípio da Moralidade administrativa não se confunde com a moralidade comum. Segundo Antônio Brandão, “a moralidade administrativa [...] é composta de regras de boa administração, ou seja: pelo conjunto de regras finais e disciplinares suscitadas não só pela distinção do Bem e do Mal; mas também pela ideia geral de administração e pela ideia de função administrativa”.⁸²⁸ São *standards* comportamentais.⁸²⁹ Ainda segundo Figueiredo, “a razoabilidade, a relação de congruência lógica entre os motivos (pressupostos fáticos) e o ato emanado, tendo em vista a finalidade pública a cumprir, será o crivo adequado para o exercício do controle da moralidade”.⁸³⁰

Portanto, considerando que a atual legislação do “carona” não delimita a discricionariedade do Administrador para suas adesões, como já exposto anteriormente, e somente indica os requisitos mínimos exigíveis para sua realização, fica a cargo das atuações do administrador os cuidados com os valores éticos, morais, de honestidade e seriedade nos casos de adesão e, neste ponto, Justen Filho é categórico quando afirma o risco que tal liberdade traz para as contratações públicas. “Ao assegurar ao ente administrativo a faculdade de escolher entre utilizar ou não utilizar um registro de preços, abre-se a oportunidade para a corrupção. [...] **A figura do “carona” é intrinsecamente propícia à corrupção.** E o é porque uma entidade pode ou não valer-se de um registro de preços, segundo uma escolha livre e incondicionada”.⁸³¹ (sem grifo no original)

Fácil é identificar situações em que a empresa com objetos registrados encaminha suas atas de registro de preços vigentes a diversos órgãos, de modo a ‘facilitar’ o conhecimento das possibilidades de adesão. Seria inocente imaginar que esta empresa não ofereceria nada alheio ao Administrador de algum destes entes, no intuito de que este se agrade de realizar o “carona” com sua empresa. “O *carona*, no mínimo, expõe os princípios da moralidade e da impessoalidade a risco excessivo e despropositado, abrindo as portas da Administração a todo tipo de lobby, tráfico de influência e favorecimento pessoal. (...) O *carona* é o júbilo dos lobistas, do tráfico de influência e da corrupção, especialmente num país como o nosso, com instituições e meios de controle tão frágeis”.⁸³² No mesmo sentido, Lucas Rocha Furtado, quando registra que ela “abre as portas à fraude e ao conluio”.⁸³³

3.4 Violação ao Princípio da Publicidade

Em uma análise etimológica, o Princípio da Publicidade remonta da palavra república, que provém do latim *res publica*, coisa pública. Ou seja, todos os atos da Administração devem ter ampla publicidade, salvo disposição em contrário.⁸³⁴

Para Justen Filho, esse princípio abriga duas principais funções no procedimento licitatório: permite o acesso de interessados no sistema, ou seja, a universalidade de

⁸²⁸ BRANDÃO, Antonio. *Apud* NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitações...*, p. 57.

⁸²⁹ NIEBURH, Joel de Menezes. *Licitações...*, p. 57.

⁸³⁰ FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Op. cit.*, p. 59.

⁸³¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários...*, p. 210-211.

⁸³² NIEBURH, Joel de Menezes. *Op. cit.*, p. 123-124.

⁸³³ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. Belo Horizonte:Fórum,2007. p. 387-388.

⁸³⁴ Situações de sigilo: O Princípio da Publicidade é afastado nos casos em que este poderia arriscar algum interesse específico da Administração. Nesses casos, o sigilo deve ser amplamente justificado, devendo a publicidade ser afastada conforme a real necessidade. Artigo 5, inciso XXXIII, da Constituição de 1988.

participação no processo licitatório; e dá meios de verificação da regularidade dos atos praticados por terceiros, interessados ou não.⁸³⁵

Sem o poder de convalidar o ato, a publicidade é “requisito de eficácia e moralidade. Por isso mesmo, os atos irregulares não se convalidam com a publicação, nem os regulares a dispensam para sua exequibilidade, quando a lei ou o regulamento a exige”.⁸³⁶ O Princípio da Publicidade é, noutros termos, meio de satisfação de conhecimento para terceiros interessados e modo de apurar as regularidades dos atos da Administração, entrelaçando-se ao cumprimento do Princípio da Isonomia.

Do modo como se processa o “carona”, a Administração inicialmente precisa verificar uma necessidade e, na sequência, encontrar uma Ata de Registro de Preços que contenha o objeto para suprir esta necessidade. É neste ponto que o Princípio da Publicidade é violado, à medida que a Administração Pública percebe uma necessidade e não comunica a todos os possíveis interessados em fornecer para a Administração, ou seja, não torna público seu interesse em contratar, não universaliza a contratação a todos os interessados. A Administração neste momento apenas escolhe com quem quer contratar.

3.5 Violação ao Princípio da Eficiência

Muito se questiona da necessidade em apresentar a eficiência de modo explícito,⁸³⁷ uma vez que não há como fugir de seu cumprimento diante do cumprimento dos outros princípios aqui já elencados. De qualquer sorte, algumas ponderações são necessárias.

Eficiência, segundo o Dicionário Aurélio, diz respeito à ação, força, virtude de produzir um efeito, eficácia. Nesse aspecto, Emerson Gabardo não concorda com o significado igualitário entre eficiência e eficácia. Em sua obra “Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa”, ele trata dessa distinção, explicando a natureza múltipla da expressão eficiência:

A expressão eficiência possui múltiplos sentidos, como semelhanças e afinidades, mantendo-se, contudo, suas diferenças, que variam conforme os autores e as teorias a serem considerados. Mas é a partir do ideal comum de racionalização que todos os conceitos afins são tomados pelas distintas racionalidades público-administrativas, com o objetivo de construir seus modelos de gestão do Estado.⁸³⁸

Segundo Neibuhr, “a percepção isolada e absoluta do Princípio da Eficiência é extremamente perigosa. Precisa-se reconhecer a variedade de discursos que espraiam pelo debate político e jurídico, cuja remissão à eficiência não passa de um recurso a flexibilizar e a enfraquecer o regime jurídico-administrativo”. O autor ainda entende como eficiência atingida quando a Administração não contrata com valores superiores de mercado, adquire produtos de qualidade, e o faz com celeridade.⁸³⁹

⁸³⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso...*, p. 379.

⁸³⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 21. ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, [s.n]. p. 86.

⁸³⁷ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência... CFRB/1988.

⁸³⁸ GABARDO, Emerson. *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 146.

⁸³⁹ NIEBURH, Joel de Menezes. *Op. cit.*, p. 33.

Por vezes, o princípio da eficiência, no seu aspecto econômico, toma todo o cenário de seu objetivo. Assim, analisado superficialmente o “carona”, poder-se-ia concluir que a contratação através desse procedimento é eficiente, uma vez que adquire um produto dentro do preço de mercado e em um tempo muito menor do que se fosse realizado todo um procedimento licitatório comum. Ocorre que, na Administração Pública, não há a ideia de lucro e acúmulo de riquezas. As atividades desenvolvidas visam objetivamente o interesse público. Chegar à eficiência administrativa não é chegar à eficiência econômica. Justen Filho colabora trazendo a tênue diferença entre a eficiência administrativa e a eficiência econômica, explicando que por vezes uma solução pode ser até mesmo contrária à eficiência econômica, mas atinge satisfatoriamente a eficiência administrativa.⁸⁴⁰

A Administração agirá com eficiência desde o momento em que desempenhar suas funções, buscando primazia nos valores, qualidade nos serviços, celeridade nos resultados, e atuação efetiva de modo a respeitar os demais princípios elencados anteriormente, uma vez que todos aqui expostos formam, nas palavras de Figueiredo, um todo coerente, espelhando os valores do Estado Democrático de Direito que norteiam a conduta administrativa, com os quais o “carona” não corrobora.⁸⁴¹

Há, ainda, a análise da economia de escala que é desfigurada com o procedimento do “carona”. Nos procedimentos licitatórios usuais, as quantidades expressas no edital são as que serão efetivamente contratadas. Todos os fornecedores remetem seus orçamentos e lances para uma quantidade certa estipulada. Como nas licitações feitas para registro de preços poderá ser contratado muito menos do que foi registrado, ou, no caso de sucessivas adesões, muito mais do que foi registrado inicialmente, o fornecedor contrata com a Administração por preço maior do que se fosse fornecer orçamento já sabendo da sua quantidade real para contratação. O licitante formula sua proposta para uma realidade e poderá contratar com a Administração para uma outra realidade.

Neiburh trata esta situação como uma espécie de violação ao Princípio da Eficiência, atingindo a economicidade, e explica que “no mercado, o preço de cinco mil computadores é inferior ao preço de quinhentos computadores. Por via de consequência, a Administração Pública, ao pagar por cinco mil computadores, arca com valor superior ao praticado no mercado, o que vulnera, às escâncaras, o Princípio da Economicidade”.⁸⁴²

4 O “carona” e a afronta aos princípios específicos da licitação

A Lei Geral de Licitações além de elencar os princípios gerais da Administração, dever da busca pela vantajosidade e pelo desenvolvimento sustentável, traz de forma explícita o Princípio da Isonomia, o Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, e o Princípio do Julgamento Objetivo. Mais à frente, no inciso I do §1,

⁸⁴⁰ Serão realizadas, conjuntamente, duas finalidades buscadas pela Administração: obter determinada prestação e propiciar, por meio do trabalho, a promoção da dignidade individual dos deficientes físicos. Daí segue o afastamento da licitação, tanto quanto a admissão de contratação por valor superior àquele que a Administração poderia obter no mercado. Essa solução poderia ser incompatível com a eficiência econômica, mas satisfaz a eficiência da atividade administrativa. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 120).

⁸⁴¹ FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Op. cit.*, p. 65.

⁸⁴² NEIBURH, Joel de Menezes. *Op. cit.*, p. 125.

a lei traz implicitamente o Princípio da Competitividade nas licitações, vedando qualquer movimentação contrária dos agentes públicos. A competitividade, porém, ora é concebida como consequência do Princípio da Isonomia, ora como ramo do Princípio da Eficiência.

4.1 Violação ao Princípio da Isonomia

É princípio norteador da função administrativa no Estado de Direito: tratar isonomicamente todos os que vierem a participar do certame e propiciar a todos a oportunidade de participar do certame.

O parágrafo primeiro do artigo 3 da Lei nº 8.666/93 dita a vedação aos agentes públicos de instituir preferências ou distinções entre os licitantes. Porém, logo no parágrafo segundo deste mesmo artigo inicia-se a abertura da Administração em aparentemente tratar de maneira desigual os participantes, mesmo que inicialmente mencione uma igualdade de condições.

Com isso, o princípio da isonomia não deve ser entendido na forma arbitrária de que a discricionariedade da Administração nunca poderá aparentemente refutar a isonomia entre os licitantes.⁸⁴³ O próprio edital de licitações, ao exigir condições específicas aos licitantes para competirem a respeito de um objeto, restringe de participar do certame os que não atendem a essas condições. Justen Filho afirma que “há equívoco em supor que a isonomia veda diferenciação entre os particulares para contratação com a Administração Pública. (...) Não se admite, porém, a discriminação arbitrária.”⁸⁴⁴ O tratamento desigual da Administração para com os interessados é permitida,⁸⁴⁵ desde que seja amparado legalmente e justificado no interesse público.

Para Bandeira de Mello, todas as providências legais que regulam um tratamento específico são correspondentes à chamada “aplicação positiva” do Princípio da Igualdade, “o qual, como é sabido, conforta tratamentos distintos para situações distintas, sempre que exista uma correlação lógica entre o fator discriminante e a diferença de tratamento”.⁸⁴⁶

O Estado, por meio da Administração Pública e seus atos administrativos, quando firma contrato com alguém dá a este alguém lucro em razão do contrato. Por esse motivo, todos devem poder concorrer e ser tratados de maneira igual para conquistar tais benefícios econômicos. Desta percepção é que se retira o Princípio de Licitação para as contratações públicas. Segundo Dallari, o Princípio da Isonomia “obriga a Administração a valer-se do procedimento da licitação e, ao estabelecer essa obrigatoriedade, erige a própria licitação em princípio, pois mesmo na ausência de normas específicas, está a Administração obrigada a utilizar-se de procedimentos licitatórios”.⁸⁴⁷

⁸⁴³ A respeito da discricionariedade da Administração, Di Pietro afirma que “a atuação é discricionária quando a Administração, diante do caso concreto, tem a possibilidade de apreciá-lo, segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 197.

⁸⁴⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso...*, p. 376.

⁸⁴⁵ Como exemplo de situação legalmente prevista, que poderia, a priori, comprometer a igualdade dos interessados em contratar com a Administração, cita-se a Lei Complementar nº 123/2006, que regula a participação das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte. É a própria Constituição, em seu artigo 170, inciso IX, que dispõe este tratamento diferenciado para as pequenas empresas.

⁸⁴⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso...*, p. 524-525.

⁸⁴⁷ DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 32.

Agem de modo contrário à isonomia, contratações feitas sem licitação, uma vez que “não franqueou a todos os interessados a oportunidade de disputar o contrato”.⁸⁴⁸ Ressalvados os casos de Inexigibilidade e Dispensa de Licitação – artigos 24 e 25 da Lei de Licitações, o “carona”, por propiciar uma contratação entre um ente e um fornecedor sem prévia licitação entre esses signatários, viola abertamente o Princípio da Isonomia.

Vale recordar a peculiaridade de que a Ata de Registro de Preços poderá ter vigência de até 12 meses. Ou seja, por até 12 meses as empresas que não lograram a melhor proposta em um registro de preços, podem não vir a fornecer seu material em um mercado específico, uma vez que os órgãos daquela esfera/região podem se valer de um registro de preço efetuado há 12 meses atrás. Nas palavras de Justen Filho, “a contratação indiscriminada e ilimitada com um particular, simplesmente por haver obtido o registro de preços, configura infração ao Princípio da Isonomia. [...] Surge uma preferência incompatível com a licitação e com a isonomia”.⁸⁴⁹

Logo, o Princípio da Isonomia, baseando-se no *caput* do artigo 5 da Constituição Federal, cominado com o art. 3 da Lei nº 8.666/93, é burlado com o “carona”, restando esta prática “ilegítima, porquanto, por meio dela procede-se à contratação direta, sem licitação, fora das hipóteses legais e sem qualquer justificativa, vulnerando o princípio da isonomia, que é o fundamento da exigência constitucional que faz obrigatória a licitação pública”.⁸⁵⁰

4.2 Violação ao Princípio da Vinculação do Instrumento Convocatório

Por meio do instrumento convocatório é que a Administração apresenta aos interessados suas necessidades públicas a serem atendidas. Este ato tem duas razões de ser: propiciar aos interessados todas as condições para que eles possam vir a contratar com a Administração; e limitar as exigências da Administração para com esses interessados. Daí que surge o Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório.

Detona-se, desse modo, que o Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório diz muito mais que a simples obediência por parte dos agentes públicos condutores do certame licitatório e dos interessados em contratar com a Administração. Ele dita as regras da contratação para aquele objeto em específico, sempre respaldado pelas leis que o fundamentam. Há, aqui, um cuidado em manter a isonomia durante o certame e a publicidade de todos os atos subsequentes e alterações necessárias, de modo a evitar situações de fraude na licitação e a limitar a atuação discricionária do Administrador. Porém, o “carona”, possibilitando que outras entidades nada relacionadas com a licitação original da ata registrada faça adesão a essa ata, fere tal vinculação do edital com o objetivo proposto.

Meirelles, criticando o “carona”, enfatiza que “o edital, como lei interna de cada licitação, não previu e não nomeou os outros órgãos ou entidades que viriam a usar aquela licitação ou que seriam os futuros contratantes”.⁸⁵¹ E aqui cabe recordar a lição de Di Pietro, que deixa claro quando diz que as contratações cujas condições não

⁸⁴⁸ NEIBURH, Joel de Menezes. *Op. cit.*, p. 379.

⁸⁴⁹ MARÇAL, Justen Filho. *Comentários...*, p. 200.

⁸⁵⁰ NEIBURH, Joel de Menezes. *Op. cit.*, p. 380.

⁸⁵¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 88.

estejam previamente estabelecidas no edital estarão também burlando o princípio da igualdade entre os licitantes.⁸⁵²

De modo complementar, a fase fixada em edital sobre a análise da habilitação da empresa perde a razão de ser em um procedimento de “carona”, vez que não serão feitas novas análises de habilitação em cada contratação a ser firmada entre a empresa que teve seus preços registrados e os diversos órgãos interessados na adesão. “Com a introdução da figura do “carona”, frustra-se essa sistemática, eis que se torna admissível realizar contratações cujo montante não é tomado em vista para avaliação da habilitação”.⁸⁵³

4.3 Violação ao Princípio do Julgamento Objetivo

Diante das condições estabelecidas no edital e sua vinculação entre as partes, o julgamento das propostas de modo objetivo assegura ao licitante que os critérios de classificação de sua proposta serão aqueles dispostos no instrumento. Segundo Bandeira de Mello, “as propostas que desatendam a esses requisitos devem ser liminarmente desclassificadas. Ficam excluídas da disputa e a Administração não pode entrar no mérito da conveniência que teriam. De conseguinte, sequer cabe alinhá-las na seriação por ordem de vantagem”.⁸⁵⁴

O julgamento objetivo está atrelado ao Princípio da Impessoalidade, sendo decorrência também do Princípio da Legalidade, uma vez que “o julgamento das propostas há de ser feito de acordo com os critérios fixados no edital”.⁸⁵⁵

A avaliação da proposta mais vantajosa será auferida em cada licitação, tomando como base os fatores predominantes indicados no edital, e de acordo com os interesses da Administração. Decerto é que uma alteração nos quantitativos a contratar altera a visão, tanto do Administrador, quando do fornecedor dos preços que estão sendo estipulados, como é apresentado na violação também ao Princípio da Eficiência.

Assim, em uma licitação para registro de preços em que o fornecedor saiba da grande possibilidade em ter sua ata aderida por outros diversos órgãos, como, por exemplo, uma Ata de Registro de Preços para aquisição de papel A4, seu preço ofertado não será adequado às quantidades máximas estipuladas no instrumento convocatório, mas sim, em uma estimativa de quantidade, fruto de possíveis adesões a serem realizadas.

A Administração, por sua vez, ao analisar os preços ofertados, os julgará na proporção do que foi exigido em edital, sem divagar com o fornecimento de outras quantidades que nem estão dispostas em edital, as “caronas”. Isso porque os valores médios da licitação são decorrentes de pesquisa de mercado para aquela quantidade X inicial. Se o instrumento convocatório prevê o fornecimento de 1.000 resmas de papel A4 por um preço X, não pode o Administrador avaliar que o preço que está sendo ofertado está contando com possíveis adesões que resultariam em 10.000 resmas, o que pode atingir a exequibilidade da proposta.

⁸⁵² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, p. 360.

⁸⁵³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários...*, p. 208.

⁸⁵⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso...*, p. 588.

⁸⁵⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, p. 360.

Nota-se que a afronta ao Princípio do Julgamento Objetivo com o uso do “carona” é analisado de modo complementar às violações ao Princípio do Instrumento Convocatório e ao Princípio da Eficiência, com a característica da economia de escala.

5 Posicionamento dos órgãos de controle

A legislação do sistema de registro de preços em nada diz respeito à obrigatoriedade da análise jurídica nos procedimentos iniciais de adesão à Ata de Registro de Preços. Com isso, os órgãos interessados em realizar o “carona” simplesmente não encaminham este procedimento para análise jurídica. Repousa aqui outra violação do “carona” para com todo o ordenamento jurídico das licitações públicas. Decerto que uma interpretação mais atenta às funções do parecer da assessoria jurídica,⁸⁵⁶ nos procedimentos licitatórios e também nos procedimentos de “carona”, revelaria a essencial função desse controle interno, uma vez que tais contratações estão diariamente mais utilizadas e de grande vulto.

O controle externo é complementar ao já efetuado no controle interno, podendo ser exercido por qualquer pessoa, haja vista a garantia constitucional do direito de petição. Nas licitações, este controle externo pode ser através da impugnação ao ato convocatório, através de recursos no curso da licitação, por meio de audiências públicas, diretamente ao poder judiciário, e ainda através da atuação do Tribunal de Contas.

A manifestação inaugural do Tribunal de Contas da União a respeito do “carona” ocorreu em 2007, com o Acórdão nº 1487/2007, envolvendo o Ministério da Saúde. “Tal faculdade, se exercida, viola diretamente, na prática, os citados princípios constitucionais e legais, além de propiciar infringência aos princípios da eficiência, da impessoalidade e da moralidade”. Na ocasião, o foco da irregularidade estava na falta de limitação ao uso do “carona”. “O decreto, ao permitir a adesão ilimitada de órgãos e entidades às atas de registro de preços, afronta o Princípio da Competição, uma vez que a partir de uma única licitação múltiplos contratos são celebrados, estendendo-se a cada participante o limite de 100% do quantitativo inicialmente registrado”.⁸⁵⁷

Nota-se que nesta oportunidade não foi declarada a inconstitucionalidade do procedimento. Há uma percepção da dimensão dos problemas trazidos pelo “carona”, porém não foi reconhecida qualquer inconstitucionalidade. Neiburh entende que este posicionamento trouxe maiores problemas em relação aos que já se vislumbravam anteriormente. “Ao fim e ao cabo, o Tribunal de Contas da União deu abrigo à adesão da Ata de Registro de Preços, ainda que dentro de certos limites, que devem ser estabelecidos. Ou seja, ele reconhece juridicidade à figura da adesão à Ata de Registro de Preços”.⁸⁵⁸

Há diversas decisões do Tribunal sobre o “carona”, mas todas analisando melhores procedimentos a serem adotados, como no Acórdão nº 1233/2012,⁸⁵⁹ que limita a quantidade de adesão a 100% do que foi registrado. Em nenhuma das suas decisões

⁸⁵⁶ Lei nº 8666/93, artigo 38, parágrafo único: “As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.”

⁸⁵⁷ TCU - Acórdão nº 1487/2007, Plenário, Rel. Valmir Campelo, 29.05.2007.

⁸⁵⁸ NEIBURH, Joel de Menezes. *Op. cit.*, p. 127-128.

⁸⁵⁹ TCU - Acórdão nº 1233/2012, Plenário, Rel. Aroldo Cedraz, 23.05.2012.

a inconstitucionalidade do “carona” é enfrentada. Sem dúvida, os Tribunais de Contas Estaduais têm posicionamentos mais interessantes sobre esta figura.

O Tribunal de Contas de São Paulo, por exemplo, no ano de 2010, “considerou que essa opção não conta com lei autorizadora e configura descumprimento do dever constitucional de licitar, deixando por isso de obter a proposta mais vantajosa”. Na mesma decisão, o tribunal entendeu como anuláveis os contratos celebrados decorrentes do “carona”.⁸⁶⁰ Ainda, em 2012, o Tribunal reiterou que o “carona” é “campo fértil para o administrador ímprobo que, na perspectiva de adquirir bens ou serviços, poderá negociar com contemplados(s) em ata(s) realizar licitação ou optar por celebrar o contrato com aquele que lhe ofereça vantagem ilícita, em grave afronta aos princípios da impessoalidade, da moralidade e da economicidade”.⁸⁶¹

O Tribunal de Contas de Santa Catarina também entende pela ilegalidade do procedimento do “carona”, recomendando que “não devem os jurisdicionados deste Tribunal utilizar as atas de registro de preços de órgãos ou entidades da esfera municipal, estadual ou federal para contratar com particulares, ou permitir a utilização de suas atas por outros órgãos ou entidades de qualquer esfera, excetuada a situação contemplada na Lei (federal) nº 10.191/2001”.⁸⁶²

Por fim, nosso Tribunal de Contas do Paraná reconheceu que o decreto extrapolou limites com a criação do “carona”. Decidiu por “inconstitucional a adesão à Ata de Registro de Preços [...] e ofensa a disciplina da habilitação, ao princípio da legalidade, da vinculação ao edital, da isonomia, da impessoalidade, da moralidade e da economicidade”.⁸⁶³ No mesmo sentido, o Acórdão nº 1344/2011 TCE/PR.

6 Considerações finais

A última alteração quanto ao “carona” ocorreu em 2013, por meio do Decreto nº 7892/2013, o qual, entre outras coisas, trouxe limites à quantidade de “carona” por licitação, como se depreende do art. 22, §4º. Sua essência, porém, não sofreu alteração significativa. Segue sendo forma de contratação célere, mas que viola todos os princípios da Administração Pública e os específicos das licitações.

É vital para as contratações públicas que este procedimento seja banido ou revisto sobre a luz da Constituição e da Lei Geral de Licitações. Ora, a facilidade na contratação, em especial quanto à celeridade do procedimento, não devem ser prontamente ignorados. Há de se encontrar um meio para usufruir dos benefícios do “carona”, sem que com isso se afronte o ordenamento.

Em umas das tentativas de se prosseguir com o “carona”, há quem considere o procedimento não como modo de licitar, mas sim, como uma dispensa de licitação ou inexigibilidade de licitação.⁸⁶⁴ Meirelles reforça o entendimento do “carona” como contratação direta quando menciona que “em última análise, teríamos órgãos ou entidades contratando sem licitação, e sem que tal contratação esteja prevista no

⁸⁶⁰ TCE/SP, TC nº 015244/026/08, Rel. Cons. Renato Martins Costa, 15.07.2010.

⁸⁶¹ TCE/SP, TC nº 002701/026/09, Rel. Cons. Dimas Eduardo Ramalho, j. em 06.11.2012

⁸⁶² TCE/SC, Acórdão nº 18952007, Rel. Wilson Rogério Wan-Dall, 06.08.2007.

⁸⁶³ TCE/PR, Consulta nº 19310/2010, Rel. Auditor Ivens Zschoeper Linhares, j. em 09/06/2011.

⁸⁶⁴ BARBOSA, Paulo Rui. *Sistema de Registro de Preços – SRP*. Curitiba: Negócios Públicos, 2008. p. 63.

edital”⁸⁶⁵ o que, como visto, fere de morte o princípio da licitação obrigatória, consagrado no art. 37, inciso XXI, da Constituição da República.

Porém, acredita-se, aqui, que caso a análise dos benefícios do “carona” não possam ser retirados do ordenamento, a convalidação seria incluir (com alteração de lei) a possibilidade do carona como possibilidade de contratação direta nos casos do inciso IV, artigo 24, da Lei nº 8666/93 - dispensa de licitação. Feita naqueles termos, comprovada exaustivamente a vantajosidade e a urgência, a celeridade do procedimento seria mantida, visando, no caso pontual, a maior eficiência.

De todo modo, é fato que a análise feita sobre os princípios da Administração Pública, e mais especificamente sobre os princípios norteadores das Licitações Públicas, quando utilizada para buscar legalidade no procedimento do “carona”, não encontra congruência ou justificativas suficientes.

Assim, resta-nos admitir que o “carona” viola não somente um, mas todos os princípios abordados, até porque, a análise apresentada procurou não tratar dos princípios de maneira isolada. Procurou-se visualizar o “todo coerente” que espelha os valores do Estado Democrático de Direito, o qual, segundo José Afonso da Silva, não é formado meramente por normas estabelecidas pelo Legislativo, porque se assim o fosse, o Estado de Direito passaria a ser Estado de Legalidade.⁸⁶⁶

O “carona”, como se apresenta hoje, não pode ser procedimento a ser adotado para suprir os interesses públicos que a Administração Pública está incumbida de promover, uma vez que a sua utilização contraria o próprio interesse público, que, como analisado, não se limita à busca da economicidade e de celeridade. Sabendo disso, e considerando sua larga utilização em todas as esferas, principalmente na esfera federal, o “carona” é, sem dúvida, um dos principais pontos de desserviço para com o interesse público, adotando vestes de problema emergente na Administração Pública.

Referências

- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BARBOSA, Paulo Rui. *Sistema de Registro de Preços – SRP*. Curitiba: Negócios Públicos, 2008.
- DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- FERNANDES, J. U. Jacoby. *Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial e Eletrônico*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- FIGUEIREDO, Lucia Vale. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- GABARDO, Emerson. *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.
- HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2001.

⁸⁶⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 88.

⁸⁶⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p.112-113.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14 ed. São Paulo: Dialética, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LEÃO, Eliana Goulart. *O Sistema de Registro de Preços: uma revolução nas licitações*. Campinas: Bookseller, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 21. ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo; Délcio Balestero e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, [s.n].

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. Curitiba: Zenite, 2008.

NEIBURH, Joel de Menezes; GUIMARAES, Edgar. *Sistema de Registro de Preços: aspectos jurídicos e práticos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005

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

CARVALHO, Cláudia de Oliveira Cruz. Adesão à Ata de Registro de Preços: uma análise sob o enfoque dos Princípios da Administração Pública. In: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). Problemas emergentes da Administração Pública. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. *Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 333-351.

PRESUNÇÃO DO *PERICULUM IN MORA* NA DECRETAÇÃO DE INDISPONIBILIDADE DE BENS EM AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: PARA O INÍCIO DE UMA CRÍTICA À JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FELIPE KLEIN GUSSOLI

1 Introdução

De viés moralizador, a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92) veio regular a norma inserta no art. 37, §4º da Constituição Federal de 1988: “Art. 37 (...) §4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.⁸⁶⁷

Nessa via, a verificação da probidade administrativa rege-se pelos princípios constitucionais consagrados no art. 37, *caput* da Constituição Federal, notadamente o da legalidade e o da moralidade administrativa.⁸⁶⁸

Para cumprimento da parte final do art. 37, §4º da Lei Fundamental (“na forma e gradação previstas em lei”) a Lei de Improbidade, mas não só ela, prevê ao menos três medidas acautelatórias.⁸⁶⁹

⁸⁶⁷ “Só pelo fato de ampliar o espectro de atuação sancionatória da lei, o art. 37, §4º da CF, matriz da matéria, já se constitui no passo mais importante no sentido de proporcionar ao legislador o fundamento de validade para a confecção de uma norma capaz de enfrentar, com eficiência, o flagelo da corrupção.” (PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JR., Waldo. *Improbidade Administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997. p.37.)

⁸⁶⁸ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 117-130.

⁸⁶⁹ *Ibidem*, p.1149.

O art. 7º prevê a possibilidade de decretação da indisponibilidade patrimonial, com o bloqueio da generalidade de bens e de valores do acusado a fim de garantir futuro ressarcimento ao erário.⁸⁷⁰

O art. 16 trata do sequestro de bens, tradicionalmente visto como instituto apto a retirar da posse direta do acionado bens certos e determinados, também destinados ao futuro ressarcimento.⁸⁷¹ Por expressa determinação da Lei nº 8.429/92, ao sequestro se aplicam as disposições do Código de Processo Civil sobre esta cautelar típica, em especial os artigos 822 e 825.⁸⁷²

Por sua vez, a última medida cautelar prevista na Lei nº 8.429/92 é o afastamento do agente público do cargo para a boa administração da Justiça. Essa última medida acautelatória só tem lugar nos casos em que a manutenção do agente no cargo público se torna comprovadamente prejudicial à instrução processual.

A análise crítica que se pretende desenvolver neste artigo centra-se na primeira medida cautelar citada, positivada no art. 7º da Lei de Improbidade Administrativa. A atualidade da discussão se demonstra pelo fato de que recentemente o Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento acerca da presunção do perigo de dano nas ações de improbidade que contenham entre seus pedidos – ou ainda em cautelar autônoma à ação principal – o requerimento de indisponibilidade patrimonial dos requeridos.

2 Natureza jurídica da medida de indisponibilidade do art. 7º da Lei nº 8.429/92

Um dos males inerentes ao processo é o tempo. Ou melhor, o transcurso do tempo sem que o processo chegue ao fim, causando, assim, gravame à parte que tem razão. Para se evitar tal desordem, o sistema jurídico assegura meios processuais para preservar a utilidade final do processo, é dizer, garantir a fruição do bem da vida pela parte que suportou o ônus do tempo.

Tal missão cabe ao processo cautelar, pois “enquanto o processo principal (de cognição ou execução) busca a composição da lide, o processo cautelar contenta-se em outorgar situação provisória de segurança para os interesses dos litigantes”.⁸⁷³ Para essa visão clássica do processo cautelar como terceiro gênero processual, a principal função das medidas ditas cautelares é garantir o resultado útil do processo.⁸⁷⁴ É a

⁸⁷⁰ Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92): “Art. 7º - Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá à autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado.

Parágrafo único. A indisponibilidade a que se refere o *caput* deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito.”

⁸⁷¹ FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa: comentários à Lei nº 8.429/92 e legislação complementar*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 34

⁸⁷² Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92): “Art. 16. Havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão representará ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente a decretação do sequestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.

§1º O pedido de sequestro será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil. §2º Quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais.”

⁸⁷³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência*. v.II. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.707.

⁸⁷⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. v. 4. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.181.

noção clássica de “instrumentalidade hipotética” de Calamandrei, que incorpora as características da instrumentalidade, provisoriedade, revogabilidade, acessoriedade e autonomia técnica.⁸⁷⁵

Para uma visão contemporânea do Direito Processual Civil, as cautelares invocam outros pressupostos. Coerente com os ditames do processo civil constitucional, essa doutrina vê nas medidas cautelares formas de tutelar efetivamente o direito material da parte autora, sempre que se demonstrarem os requisitos para a concessão, equilibrando, assim, o ônus do tempo do processo. A tutela cautelar, ao invés de assegurar o processo, assegura os direitos e o próprio direito à tutela do direito material.⁸⁷⁶

Dito isso, a visão liberal que se tinha das cautelares como um direito titularizado pelo Estado é falsa, posto que se fosse um direito estatal não seria concedido ao particular. E nesse sentido o autor, garantido pela inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal), almeja, acima de tudo, o direito (mais do que assegurar o resultado útil do processo). Portanto, a tutela cautelar é um direito da parte e um dever do Estado.⁸⁷⁷

Consoante esse entendimento, o que diferencia a tutela cautelar no Estado Democrático de Direito é sua função de “assegurar a tutela de um direito violado ou, em outro caso, assegurar uma situação jurídica tutelável, ou seja, uma situação jurídica a ser tutelada através do processo principal”.⁸⁷⁸

Definidos esses parâmetros, é inequívoca a natureza cautelar do instituto processual inserto no art. 7º da Lei de Improbidade.⁸⁷⁹ Como uma das características das cautelares (e o que as diferenciam de outras tutelas sumárias) é a não satisfatividade, é nítido que na norma antes referida existe uma cautelar, pois esta visa tão somente “assegurar a tutela jurisdicional do direito, não sendo capaz de prestá-lo ou de satisfazer ou realizar o direito”.⁸⁸⁰

A natureza da medida de indisponibilidade geral de bens do art. 7º da Lei de Improbidade é, portanto, conservativa.

3 Requisitos específicos para concessão da cautelar de indisponibilidade

Das sanções elencadas nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade Administrativa, apenas aquelas vinculadas às hipóteses dos dois primeiros artigos citados ensejam o pleito de indisponibilidade. Afinal, seria ilógica a decretação do bloqueio de bens e de valores dos réus em ação de improbidade motivada na violação pura e simples dos princípios da Administração ou dos demais deveres do art. 11, sem que tenha havido dano material ou moral passível de ressarcimento pecuniário.⁸⁸¹

⁸⁷⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso... Op. Cit.*, p.710-712.

⁸⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART., Sérgio Cruz. *Processo cautelar*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p.21.

⁸⁷⁷ *Ibidem*, p. 23.

⁸⁷⁸ *Ibidem*, p. 23.

⁸⁷⁹ MATTOS, Mauro Roberto Gomes. *O Limite da Improbidade Administrativa: os Direitos dos Administrados dentro da Lei nº 8.429/92*. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 146.

⁸⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART., Sérgio Cruz. *Processo...Op. Cit.*, p.39.

⁸⁸¹ Não se pode concordar com a corrente jurisprudencial que afirma a possibilidade de decretação da indisponibilidade baseada em futura e eventual condenação ao pagamento de multa civil, haja vista a flagrante violação à presunção de inocência não só no que se refere à prática do ato ímprobo, mas também acerca da dosimetria

Esclarecido isso, para o sucesso do pleito de indisponibilidade é necessária a verificação concreta pelo magistrado de dois requisitos específicos: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.⁸⁸² Tais requisitos, aliás, são imprescindíveis ao deferimento de quaisquer cautelares,⁸⁸³ mormente aquelas concedidas com contraditório postergado (liminares *inaudita altera pars*). O Código de Processo Civil é expresso: “Art. 801. O requerente pleiteará a medida cautelar em petição escrita, que indicará: (...) IV - a exposição sumária do direito ameaçado e o receio da lesão”.

O requisito da “fumaça do bom direito” corresponde à verossimilhança do direito invocado. Significa nada mais que a verificação da probabilidade do direito invocado através de cognição judicial sumária,⁸⁸⁴ em oposição à cognição exauriente relativa aos pedidos principais (ou à ação principal, caso a cautelar forme outro processo). O *fumus* na ação de improbidade espelha a plausibilidade do direito do autor invocado na inicial e comprovado sumariamente pelas provas juntadas na fase postulatória. A existência de elementos concretos de dano ao erário ou enriquecimento ilícito do agente e/ou dos beneficiados pelo ato de improbidade é, em tese, a única maneira de constatar em juízo preliminar a subsunção a uma das hipóteses do art. 9º e/ou 10 da Lei de Improbidade.

A causa de pedir em conjunto com os elementos de prova trazidos com a inicial devem ser suficientes para que em um juízo de cognição sumária o magistrado a quem for dirigido pedido de bloqueio de bens possa se convencer da probabilidade do direito invocado pelo autor. Em outras palavras, a descrição dos fatos feita pelo legitimado ativo para propositura da ação de improbidade, além de confirmada pelos documentos acostados, deve ser convincente da prática do ato de improbidade listado nos artigos 9º e 10 da Lei nº 8.429/92.

É, pois, insuficiente a mera descrição fática e alegação genérica da prática de ato violador da moralidade.

O outro requisito necessário à concessão liminar do pedido de indisponibilidade de bens e valores do art. 7º da Lei multicitada é a existência de “um *estado perigoso*, capaz de ameaçar seriamente a incolumidade de um determinado direito da parte, seja por ato voluntário de outra parte, seja em decorrência até mesmo de ato de terceiro ou de algum fato natural”.⁸⁸⁵ É aquilo que a doutrina e a jurisprudência chamam de *periculum in mora*,⁸⁸⁶ normativamente previsto no art. 798 do Código de Processo Civil: “Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas,

aplicável apenas na fase final do processo. (cf. AMBRIZZI, Tiago Ravazzi. Notas sobre a indisponibilidade de bens na Lei Geral de Improbidade Administrativa. *Revista de Processo*. v. 39. n. 229. p.305-335. São Paulo: Revista dos Tribunais, Mar./2014.)

⁸⁸² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Código de Processo Civil Anotado*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 2248.

⁸⁸³ “Os requisitos para alcançar-se uma providência de natureza cautelar são, basicamente, dois: I – Um dano potencial, um risco que corre o processo principal de não ser útil ao interesse demonstrado pela parte, em razão do *periculum in mora*, risco esse que deve ser objetivamente apurável. II – A plausibilidade do direito substancial invocado por quem pretenda segurança, ou seja, o *fumus boni iuris*.” (*Idem*, *Curso...Op. Cit.*, p. 716)

⁸⁸⁴ SILVA, Ovídio A. Batista da; GOMES, Flávio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 315.

⁸⁸⁵ *Ibidem*, p. 309.

⁸⁸⁶ Marinoni e Arenhart. distinguem precisamente o “perigo de dano” do “perigo na demora”: “O perigo de dano faz surgir o perigo na demora do processo, existindo, aí, uma relação de causa e efeito. Por isso mesmo, para se evidenciar a necessidade de tutela cautelar, não basta alegar *periculum in mora*, sendo preciso demonstrar a existência de sua causa, ou seja, o perigo de dano.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART., Sérgio Cruz. *Processo...Op. Cit.*,p.28).

quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”.

A literalidade da lei desvenda possíveis equívocos, ou deveria ao menos desvendar. Às cautelares, como é o caso da medida do art. 7º da Lei nº 8.429/02, aplicam-se as regras gerais do Código de Processo Civil, sob pena de desmanche do construto teórico incorporado na legislação pátria. Não é porque o art. 7º não citou expressamente as normas da legislação processual adjetiva - como o fez o art. 16 da Lei de Improbidade quanto à cautelar de sequestro - que se pode ignorar a necessidade de adequação aos requisitos legais do *fumus* e *periculum*, este especificamente incorporado no “fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”.

Novamente a categorização do estado de perigo é necessária. Imprescindível que o autor então traga elementos bastantes ao convencimento do juízo acerca da dilapidação patrimonial ensejadora do insucesso de eventual execução em proveito do erário. Ao menos fundado *receio* de dilapidação dos bens e valores será necessário para configurar o requisito especial do perigo de dano irreparável do art. 798 do Código de Processo Civil, haja vista que sua fundamentação deve ter base “em elementos objetivos, capazes de serem expostos de forma racional, e não em meras conjecturas de ordem subjetiva”.⁸⁸⁷

4 Crítica à orientação do Superior Tribunal de Justiça

É comum que os autores das ações de improbidade afirmem, como base na supremacia do interesse público, ser simplesmente dispensável o requisito do *periculum in mora*. No entanto, como apenas uma interpretação forçada dos dispositivos levaria à conclusão da dispensabilidade desse requisito, é quanto sua forma de preenchimento que permanecem as discussões, com posicionamentos díspares na doutrina.

A impossibilidade de presunção do *periculum* em sede de ação de improbidade se funda em fortes argumentos. As cautelares são em sua essência mitigações do princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV da Constituição Federal), e quando deferidas *inaudita altera pars* representam exceção ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LV da Constituição Federal). Vez que representam limitações a esses direitos fundamentais, medidas cautelares só poderão ser deferidas quando necessárias à efetivação do direito à razoável duração do processo, também constitucionalmente assegurado no art. 5º, LXXVIII. É a lei que dá concreção a este direito fundamental quando exige categórica demonstração da verossimilhança e perigo da demora. Por isso, “estando presente o *fumus boni iuris*, o *periculum in mora* deverá também estar **invencivelmente** demonstrado, que a constrição de bens conforma-se ao objetivo do processo principal, restringindo-se ao necessário e adequado propósito de assegurar a efetividade do provimento final da ação de improbidade administrativa”.⁸⁸⁸ (grifo nosso) Nessa linha, é preciso sempre que o autor “especifique em que consiste o justo receio de que o réu venha a inviabilizar eventual ressarcimento futuro”.⁸⁸⁹

⁸⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART., Sérgio Cruz. *Processo...Op. Cit.*, p. 28.

⁸⁸⁸ MATTOS, Mauro Roberto Gomes. *O Limite da Improbidade...Op. Cit.*, p. 151. (grifos ausentes no original)

⁸⁸⁹ PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JR., Waldo. *Improbidade...Op. Cit.*, p. 185.

No Superior Tribunal de Justiça o posicionamento era dividido até 2011, a rigor, prevalecendo decisões exigentes da demonstração da verossimilhança, simultaneamente à demonstração do receio de esvaziamento patrimonial do réu acusado de atos de improbidade.⁸⁹⁰

Na outra ponta da discussão estão os defensores do “perigo da demora implícito”. Esses encaram que o perigo da demora exigido nos provimentos cautelares foi presumido pelo legislador constitucional no art. 37, §4º e pelo legislador infraconstitucional no art. 7º da Lei de Improbidade. Bastaria então a prova indiciária da improbidade, pois a exigência de demonstração do *periculum* implicaria a perda de efetividade do mandamento constitucional sancionatório.⁸⁹¹ Em muitos casos, o acusado, presume-se, solaparia seus bens antes mesmo do recebimento da inicial pelo juiz, principalmente em razão da notificação prévia prevista no art. 17, §7º da Lei ora estudada.

Encontram, ademais, na realidade brasileira da demora do processo, um motivo a mais para a presunção do estado de perigo em que se encontra imerso o autor. Sustentam que como certamente o processo levará muito tempo para chegar ao fim, o perigo na demora deve ser presumido. Entendem que a demora seria um risco em si para a utilidade do processo, logo, seria “desnecessário o perigo do dano, pois o legislador contenta-se com o *fumus boni iuris* para autorizar essa modalidade de medida de urgência. [...] Identificam-se, portanto, as características da indisponibilidade previstas no art. 7º: está limitada ao valor do prejuízo causado e não necessita da demonstração do perigo de dano. O legislador dispensou esse requisito, tendo em vista a gravidade do ato e a necessidade de garantir o ressarcimento do patrimônio público”.⁸⁹²

Dessa maneira, será visto adiante que parcela da jurisprudência posiciona-se no sentido de que supremacia do interesse público, em conjunto com o art. 7º da legislação analisada, conteria a presunção do requisito *periculum in mora*, de modo que a concessão das liminares militaria em favor da sociedade. É dizer, com base na hierarquia do interesse público frente ao interesse dos particulares, entendem que seria forçoso reconhecer a presunção da má-fé dos acusados (!). Embora ninguém admita seja este o caso – afinal, a boa-fé é que se presume e a má-fé é que se prova – a presunção do *periculum* em sede de ação de improbidade é, na prática, a crença cega na dilapidação patrimonial com o objetivo de impossibilitar futura e incerta execução.

⁸⁹⁰ A título de exemplo: INDISPONIBILIDADE DE BENS. REQUISITOS. *FUMUS BONI JURIS* E *PERICULUM IN MORA*. 1. O fato de ser admitida a petição inicial da ação de improbidade não gera a presunção de que o réu irá desviar ou dilapidar seu patrimônio a ponto de dispensar a necessária configuração do *periculum in mora* para o deferimento do pedido liminar de indisponibilidade de bens. 2. Acórdão que entendeu desnecessária a análise acerca do *periculum in mora* para a concessão da liminar é nulo. 3. Recurso especial provido em parte para anular a decisão e determinar o retorno dos autos ao Tribunal *a quo*, para que realize novo julgamento. (Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 905035/SC. Relator Min. Castro Meira. Segunda Turma Julgamento em 18.09.2007. Publicado em 18.09.2007) PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE. INDISPONIBILIDADE DE BENS. AUSÊNCIA DE PROVA DA DILAPIDAÇÃO DO PATRIMÔNIO. IMPRESCINDIBILIDADE. ART. 7º DA LIA. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Para a decretação de indisponibilidade de bens, nos casos de improbidade administrativa, deve haver prova do desfazimento do patrimônio capaz de comprometer a efetividade de futura decisão, além de estarem presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, o que não se demonstrou no caso. Incidência da Súmula 7/STJ. 2. Agravo regimental não provido. (Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp nº 11.898/MT. Relator Min. Arnaldo Esteves Lima. Primeira Turma. Julgamento em 11.10.2011. Publicado em 20.10.2011).

⁸⁹¹ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade...Op. Cit.*, p. 1172.

⁸⁹² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela jurisdicional cautelar e atos de improbidade administrativa. In: BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coord.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 260.

Para além de jurídicos, os argumentos elencados demonstram, a nosso ver, o papel moralizador encarado pelos atores processuais brasileiros, facilmente verificável nas petições iniciais das ações de improbidade. A partir do julgamento do Recurso Especial nº 1.319.515-ES,⁸⁹³ pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, esse entendimento moralizador prevaleceu. Bastaria, assim, o ajuizamento da ação de improbidade e a comprovação da fumaça do bom direito para que estivesse, enfim, configurada a presunção de má-fé do acusado. A Seção composta pelas duas primeiras Turmas daquela Corte decidiu por maioria, restando vencidos o Ministro relator Napoleão Nunes Maia Filho e o Ministro César Asfor Rocha.

Segue-se, desde então, o posicionamento pela presunção do *periculum*, corroborado nos embargos de divergência em recurso especial julgado pela Primeira Seção da Corte em março de 2013.⁸⁹⁴

⁸⁹³ ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MEDIDA CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DE BENS. ART. 7º DA LEI Nº 8.429/92. TUTELA DE EVIDÊNCIA. COGNICÃO SUMÁRIA. *PERICULUM IN MORA*. EXCEPCIONAL PRESUNÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO NECESSÁRIA. *FUMUS BONI IURIS*. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. CONSTRIÇÃO PATRIMONIAL PROPORCIONAL À LESÃO E AO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO RESPECTIVO. BENS IMPENHORÁVEIS. EXCLUSÃO. 1. Trata-se de recurso especial em que se discute a possibilidade de se decretar a indisponibilidade de bens na Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa, nos termos do art. 7º da Lei nº 8.429/92, sem a demonstração do risco de dano (*periculum in mora*), ou seja, do perigo de dilapidação do patrimônio de bens do acionado. 2. Na busca da garantia da reparação total do dano, a Lei nº 8.429/92 traz em seu bojo medidas cautelares para a garantia da efetividade da execução, que, como sabemos, não são exaustivas. Dentre elas, a indisponibilidade de bens, prevista no art. 7º do referido diploma legal. 3. As medidas cautelares, em regra, como tutelas emergenciais, exigem, para a sua concessão, o cumprimento de dois requisitos: o *fumus boni iuris* (plausibilidade do direito alegado) e o *periculum in mora* (fundado receio de que a outra parte, antes do julgamento da lide, cause ao seu direito lesão grave ou de difícil reparação). 4. No caso da medida cautelar de indisponibilidade, prevista no art. 7º da LIA, não se vislumbra uma típica tutela de urgência, como descrito acima, mas sim, uma tutela de evidência, uma vez que o *periculum in mora* não é oriundo da intenção do agente dilapidar seu patrimônio e, sim, da gravidade dos fatos e do montante do prejuízo causado ao erário, o que atinge toda a coletividade. O próprio legislador dispensa a demonstração do perigo de dano, em vista da redação imperativa da Constituição Federal (art. 37, §4º) e da própria Lei de Improbidade (art. 7º). 5. A referida medida cautelar constritiva de bens, por ser uma tutela sumária fundada em evidência, não possui caráter sancionador nem antecipa a culpabilidade do agente, até mesmo em razão da perene reversibilidade do provimento judicial que a deferir. 6. Verifica-se no comando do art. 7º da Lei nº 8.429/1992 que a indisponibilidade dos bens é cabível quando o julgador entender presentes fortes indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que cause dano ao Erário, estando o *periculum in mora* implícito no referido dispositivo, atendendo determinação contida no art. 37, §4º, da Constituição, segundo a qual “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”. 7. O *periculum in mora*, em verdade, milita em favor da sociedade, representada pelo requerente da medida de bloqueio de bens, porquanto esta Corte Superior já apontou pelo entendimento segundo o qual, em casos de indisponibilidade patrimonial por imputação de conduta ímproba lesiva ao erário, esse requisito é implícito ao comando normativo do art. 7º da Lei nº 8.429/92. Precedentes: (REsp 1315092/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/06/2012, Dje 14/06/2012; AgRg no AREsp 133.243/MT, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/05/2012, Dje 24/05/2012; MC 9.675/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/06/2011, Dje 03/08/2011; EDcl no REsp 1211986/MT, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/05/2011, Dje 09/06/2011. 8. A Lei de Improbidade Administrativa, diante dos velozes trâfegos, ocultamento ou dilapidação patrimoniais, possibilitados por instrumentos tecnológicos de comunicação de dados que tornaria irreversível o ressarcimento ao erário e a devolução do produto do enriquecimento ilícito por prática de ato ímprobo, buscou dar efetividade à norma afastando o requisito da demonstração do *periculum in mora* (art. 823 do CPC), este, intrinseco a toda medida cautelar sumária (art.789 do CPC), admitindo que tal requisito seja presumido à preambular garantia de recuperação do patrimônio do público, da coletividade, bem assim do acréscimo patrimonial ilegalmente auferido. [...] 15. Recurso especial não provido. (Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1319515/ES. Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Relator para Acórdão Min. Mauro Campbell Marques. Primeira Seção. Julgamento em 22.08.2012. Publicado em 21.09.2012)

⁸⁹⁴ EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. ART. 7º DA LEI Nº 8.429/1992. *PERICULUM IN MORA* PRE-

Nos embargos de divergência citados foi novamente vencido o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, quem no voto-vencido referiu-se à imprescindibilidade da “demonstração *periculum in mora*, um dos requisitos da tutela cautelar, por se tratar de exigência de natureza factual, não se pode ter por configurada com a só aceitação da inicial, devendo, portanto, ser demonstrado o fundado temor de desvio, danificação ou ocultação dos bens do acionado, a fim de gerar a convicção do Juiz em torno do perigo efetivo de dano ao ente lesionado”.

As Turmas passaram a seguir a orientação unificadora da Primeira Seção⁸⁹⁵ e, com ressalvas expressas do relator, prevaleceu na Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça o entendimento da presunção do perigo na demora.⁸⁹⁶

O ponto final das discussões foi o recém publicado julgamento do Recurso Especial nº 1.366.721–BA.⁸⁹⁷ O resultado do julgamento em tese estabilizou qualquer controvérsia

SUMIDO. MATÉRIA PACIFICADA. JULGADO DA PRIMEIRA SEÇÃO/STJ. RESP 1.319.515/ES. APLICAÇÃO DA SÚMULA 168/STJ.

1. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que, de acordo com o disposto no art. 7º da Lei nº 8.429/1992, a indisponibilidade dos bens é cabível quando o julgador entender presentes fortes indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que cause dano ao Erário, estando o *periculum in mora* implícito no referido dispositivo, atendendo determinação contida no art. 37, §4º, da Constituição Precedente: REsp 1319515/ES, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/08/2012, DJe 21/09/2012. 2. Incide, na hipótese, a Súmula 168 do STJ, segundo a qual “não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado”. 3. Agravo regimental não provido. (Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp nº 1315092/RJ. Relator Min. Mauro Campbell Marques. Primeira Seção. Julgamento em 22.05.2013. Publicado em 07.06.2013)

⁸⁹⁵ REsp nº 1319583/MT. Relatora Ministra Eliana Calmon. Segunda Turma. Julgamento em 13.08.2013. Publicado em 20.08.2013; AgRg no REsp nº 1398921/PI. Relator Min. Humberto Martins. Segunda Turma. Julgamento em 10.12.2013. Publicado em 16.12.2013.

⁸⁹⁶ AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MEDIDA CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DE BENS. ALEGAÇÃO DE QUE NÃO FICOU DEMONSTRAÇÃO A FUMAÇA DO BOM DIREITO. INOCORRÊNCIA. DESNECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO *PERICULUM IN MORA*, QUE SE TEM POR IMPLÍCITO. RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Reitera-se a orientação doutrinária, amplamente aceita, que o pedido de constrição patrimonial, mesmo em ação de improbidade administrativa, tem sempre natureza cautelar ou preventiva, por isso que o seu deferimento depende da demonstração de sua necessidade, a qual se revela com a evidência de aparência de bom direito, cumulada com a de perigo de dano, decorrente da demora do julgamento da demanda: esses são os fundamentos da jurisdição cautelar, sem os quais o seu exercício refoge aos limites que lhe são traçados pelo sistema jurídico e pela doutrina processual especializada. 2. Contudo, a douta 1a. Seção desta Corte Superior assentou que o *periculum in mora*, em tais ações, tem-se por implícito, visando ao deferimento da referida medida provisória: REsp. 1.319.515/ES, Rel. p/acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, julgado em 22/08/2012 (decisão tomada por maioria de votos). 3. Neste caso, não obstante os excelentes argumentos apresentados pela parte recorrente, os fundamentos expostos naquela decisão seccional não foram desconstituídos. 4. Agravo Regimental desprovido. (Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp nº 1342327/AM. Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Primeira Turma. Julgamento em 04.12.2012. Publicado em 05.02.2013)

⁸⁹⁷ PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. APLICAÇÃO DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 543-C DO CPC. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DOS BENS DO PROMOVIDO. DECRETAÇÃO. REQUISITOS. EXEGESE DO ART. 7º DA LEI Nº 8.429/1992, QUANTO AO *PERICULUM IN MORA* PRESUMIDO. MATÉRIA PACIFICADA PELA COLENDIA PRIMEIRA SEÇÃO.

1. Trata os autos de ação civil pública promovida pelo Ministério Público Federal contra o ora recorrido, em virtude de imputação de atos de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/1992). 2. Em questão está a exegese do art. 7º da Lei nº 8.429/1992 e a possibilidade de o juízo decretar, cautelarmente, a indisponibilidade de bens do demandado quando presentes fortes indícios de responsabilidade pela prática de ato ímprobo que cause dano ao Erário. 3. A respeito do tema, a Colenda Primeira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial 1.319.515/ES, de relatoria do em. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator para acórdão Ministro Mauro Campbell Marques (DJe 21/9/2012), reafirmou o entendimento consagrado em diversos precedentes (Recurso Especial 1.256.232/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19/9/2013,

jurisprudencial acerca do tema enfrentado. Uma vez sujeito ao procedimento dos recursos especiais repetitivos (art. 543-C do Código de Processo Civil), o mencionado recurso julgado em 26.02.2014 e publicado em 19.09.2014 definiu ser suficiente para a decretação de indisponibilidade de bens a mera comprovação da verossimilhança do alegado na exordial de ação de improbidade.

A tese venceu por maioria, e os inconvenientes da posição pacificada são inúmeros. Os argumentos contra a tese vencedora no Superior Tribunal de Justiça passam ao largo da mera insatisfação para concentrarem-se na própria inconstitucionalidade material das decisões. Parte da doutrina convenientemente retrata o absurdo de tal presunção. Certa demora afinal é ínsita a qualquer processo, mas além disso “não parece em consonância com os princípios constitucionais do processo imputar os ônus da demora do trâmite processual, geralmente responsabilidade exclusiva do Estado, ao demandado”.⁸⁹⁸

Ao passar por cima dos requisitos ensejadores da tutela cautelar, passa-se por cima também das garantias constitucionais da presunção de inocência⁸⁹⁹ e do devido

DJe 26/9/2013; Recurso Especial 1.343.371/AM, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18/4/2013, DJe 10/5/2013; Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial 197.901/DF, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 28/8/2012, DJe 6/9/2012; Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial 20.853/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 21/6/2012, DJe 29/6/2012; e Recurso Especial 1.190.846/PI, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 16/12/2010, DJe 10/2/2011) de que, “(...) no comando do art. 7º da Lei nº 8.429/1992, verifica-se que a indisponibilidade dos bens é cabível quando o julgador entender presentes fortes indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que cause dano ao Erário, estando o *periculum in mora* implícito no referido dispositivo, atendendo determinação contida no art. 37, §4º, da Constituição, segundo a qual ‘os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível’. O *periculum in mora*, em verdade, milita em favor da sociedade, representada pelo requerente da medida de bloqueio de bens, porquanto esta Corte Superior já apontou pelo entendimento segundo o qual, em casos de indisponibilidade patrimonial por imputação de conduta ímproba lesiva ao erário, esse requisito é implícito ao comando normativo do art. 7º da Lei nº 8.429/92. Assim, a Lei de Improbidade Administrativa, diante dos velozes trâfegos, ocultamento ou dilapidação patrimoniais, possibilitados por instrumentos tecnológicos de comunicação de dados que tornaria irreversível o ressarcimento ao erário e a devolução do produto do enriquecimento ilícito por prática de ato ímprobo, buscou dar efetividade à norma afastando o requisito da demonstração do *periculum in mora* (art. 823 do CPC), este, intrínseco a toda medida cautelar sumária (art. 789 do CPC), admitindo que tal requisito seja presumido à preambular garantia de recuperação do patrimônio do público, da coletividade, bem assim do acréscimo patrimonial ilegalmente auferido”. 4. Note-se que a compreensão acima foi confirmada pela referida Seção, por ocasião do julgamento do Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial 1.315.092/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 7/6/2013. 5. Portanto, a medida cautelar em exame, própria das ações regidas pela Lei de Improbidade Administrativa, não está condicionada à comprovação de que o réu esteja dilapidando seu patrimônio, ou na iminência de fazê-lo, tendo em vista que o *periculum in mora* encontra-se implícito no comando legal que rege, de forma peculiar, o sistema de cautelaridade na ação de improbidade administrativa, sendo possível ao juízo que preside a referida ação, fundamentadamente, decretar a indisponibilidade de bens do demandado, quando presentes fortes indícios da prática de atos de improbidade administrativa. 6. Recursos especiais providos, a que restabelecida a decisão de primeiro grau, que determinou a indisponibilidade dos bens dos promovidos. 7. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e do art. 8º da Resolução n. 8/2008/STJ.

(Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1366721/BA. Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Relator para Acórdão Min. Og Fernandes. Primeira Seção. Julgamento em 26.02.2014. Publicado em 19.09.2014)

⁸⁹⁸ PENÁ, Eduardo Chemale Selistre. Os pressupostos para o deferimento da medida de indisponibilidade de bens na ação de improbidade administrativa. *Revista de Processo*. v. 38. n. 224. p.333-355 São Paulo: Revista dos Tribunais, Out./2013.

⁸⁹⁹ Aplicável não somente ao penal, mas a qualquer espécie de processo ou procedimento, “diante da presunção de inocência, a imputação fática e jurídica é para o julgador uma mera hipótese, a qual se converterá em juízo categorico de culpabilidade quando os seus pressupostos forem demonstrados pela acusação. Na falta desses, é dever do magistrado confirmar, com um solução absolutória, o originário *status* de inocência.” (GIACOMOLLI, Nereu. Art. 5º, LVII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, Almedina, 2013. p. 442).

processo legal,⁹⁰⁰ ambas insertas no título dos direitos e garantias fundamentais, e também nas cláusulas pétreas. Dessa maneira, no plano individual ocorre absoluta violação de direitos fundamentais toda vez que no ajuizamento da ação de improbidade o juiz concede o pedido de indisponibilidade com base em presunções. É basilar nos Estados Democráticos de Direito que a inocência se presume, e não a culpa. Como se evidencia, nas ações de improbidade em que a decretação de indisponibilidade ocorre com apoio na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, invertem-se as regras constitucionais.

A violação ao mandamento constitucional pode, na prática, se mostrar aterradora. A decretação de indisponibilidade do indivíduo, comumente sem garantir o contraditório prévio, acarreta em graves prejuízos. O bloqueio imediato das contas bancárias dos acusados em ação de improbidade é nefasto. Não raro há o bloqueio de verbas de caráter alimentar, como salários, aposentadorias e pensões, o que se não houvesse a presunção do *periculum in mora* deixaria de acontecer em muitos casos, notadamente quando o réu demonstra liquidez patrimonial para saldar eventuais dívidas provenientes de condenação.

Lembre-se, ainda, que não raro no polo passivo das ações de improbidade estão pessoas jurídicas desenvolvedoras de atividade empresarial,⁹⁰¹ caso em que o atendimento do pedido liminar de indisponibilidade termina muitas vezes por prejudicar seriamente o caixa da empresa.

A provisoriedade ínsita às cautelares leva ao correto entendimento segundo o qual a concessão da liminar deve permitir à parte sofredora da constrição, independente do resultado final da demanda, manter-se sóbria nos seus negócios.⁹⁰² Aliás, na tutela antecipada isso se confirma na regra do artigo 273, §2º do CPC, proibidor da irreversibilidade do provimento antecipatório fundado no *fumus* e no *periculum*.

A presunção do perigo da demora, por sua vez, ignora a contabilidade das empresas acusadas do ato de improbidade e faz cessar o fluxo financeiro das contas bancárias das rés.

Mas, acima das consequências práticas, inexistente na Lei nº 8.429/92 e no art. 37, §4º da Constituição, a inclusão da presunção do perigo de dano. Ao revés, a norma constitucional ao dispor sobre as sanções, “na forma e gradação previstas na lei”, impõe respeito aos requisitos das cautelares presentes na legislação processual, notadamente o

⁹⁰⁰ “Assim, cogita-se de devido processo legal quando se fala de (1) direito ao contraditório e à ampla defesa, de (2) direito ao juiz natural, de (3) direito a não ser processado e condenado com base em prova ilícita, de (4) direito a não ser preso senão por determinação da autoridade competente e na forma estabelecida pela ordem jurídica [...]. Nesse sentido, o princípio do devido processo legal possui um âmbito de proteção alargado, que exige o *fair trial* não apenas dentre aqueles que fazem parte da relação processual, ou que atuam diretamente no processo, mas de todo o aparato jurisdicional, o que abrange todos os sujeitos, instituições e órgãos, públicos e privados, que exercem, direta ou indiretamente, funções qualificadas, constitucionalmente, como essenciais à justiça.” (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.635-636).

⁹⁰¹ Em comentário ao art. 3º da Lei nº 8.429/92, aduzem Pazzagli Filho, Rosa e Fazzio Júnior: “A experiência com casos de improbidade administrativa evidencia que quase sempre há um terceiro, estranho aos quadros da Administração Pública que, ou concorre para a prática do ato ou dele se beneficia, junto com o agente público envolvido.” (PAZZAGLI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JR., Waldo. *Improbidade...* Op. Cit., p.47.)

⁹⁰² ALVIM NETTO, José Manuel de Arruda. Ação civil pública. Tutela antecipada - desproporcionalidade entre drasticidade da liminar concedida e possível sentença de procedência. *Revista de Processo*. v. 105. n. 207. p.207-219. São Paulo: Revista dos Tribunais, Jan/2002.

art. 798 do Código de Processo Civil. Sendo assim, ao mesmo tempo em que maculam as disposições do Código de Processo Civil sobre os requisitos imprescindíveis à concessão da cautelar – pois a presunção em verdade é a própria suplantação de um dos requisitos do art. 798 – a prática pacificada pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça subverte a presunção de inocência identificada no art. 5º, LVII da Lei Fundamental, tanto como viola a cláusula do *due process of law* do art. 5º, LIV.

5 Conclusão

Como demonstrado, a posição afeta à presunção do perigo de dano em sede de medida cautelar de indisponibilidade de bens na ação de improbidade é contrária aos direitos e garantias fundamentais constitucionais. Porém, a par das críticas a que se sujeita a posição consolidada no Superior Tribunal de Justiça, de fato a publicação da decisão final no Recurso Especial nº 1.366.721 – BA tende, por força da norma do art. 543-C do Código de Processo Civil, a estabilizar em caráter nacional as dúvidas sobre a presunção do fundado receio de dilapidação patrimonial nas ações de improbidade.

Entretanto, os mesmos princípios que servem de fundamento à crítica da posição majoritária sobre o tema, na jurisprudência dão suporte à conclusão segundo a qual a presunção aventada é *relativa*, portanto sempre admite prova em contrário pelo réu, a quem cabe o ônus dos fatos desconstitutivos do direito do autor também no âmbito das cautelares.

Sendo assim, apesar da interpretação manejada pelo Superior Tribunal de Justiça, com reflexos nefastos nos Tribunais brasileiros e na vida dos jurisdicionados, é possível entender que o perigo da demora implícito na verdade satisfaz uma presunção *iuris tantum*. Seria incabível admitir a presunção absoluta do *periculum in mora* em sede cautelar, mais uma vez por afronta à presunção de inocência e ao devido processo legal. Afinal, repita-se, o mero ajuizamento da ação de improbidade não pode afrontar o direito de disposição patrimonial do réu. E mesmo que assim proceder o juízo, sempre caberá àquele que teve sua esfera patrimonial constringida a impugnação da decisão via sistema recursal para afastar a presunção instaurada quando da distribuição processual.

O caráter absoluto ou relativo das presunções, no entanto, é assunto merecedor de trabalho específico, o que não retira a importância da crítica aqui levantada. Tudo leva a crer que está mais do que na hora de a doutrina retomar seu posto, constringendo a jurisprudência dos Tribunais mesmo quando pacificada, pois não obstante “remansosa”, continua contrária aos princípios e regras consagrados na ordem jurídica brasileira como *fundamentais*.

Referências

ALVIM NETTO, José Manuel de Arruda. Ação civil pública. Tutela antecipada - desproporcionalidade entre drasticidade da liminar concedida e possível sentença de procedência. *Revista de Processo*. v. 105. n. 207. p.207-219. São Paulo: Revista dos Tribunais, Jan/2002.

AMBRIZZI, Tiago Ravazzi. Notas sobre a indisponibilidade de bens na Lei Geral de Improbidade Administrativa. *Revista de Processo*. v. 39. n. 229. p.305-335. São Paulo: Revista dos Tribunais, Mar./2014.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela jurisdicional cautelar e atos de improbidade administrativa. In: BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coord.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp nº 11.898/MT. Relator Min. Arnaldo Esteves Lima. Julgamento em 11.10.2011. Publicado em 20.10.2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp nº 1342327/AM. Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Julgamento em 04.12.2012. Publicado em 05.02.2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp nº 1315092/RJ. Relator Min. Mauro Campbell Marques. Julgamento em 22.05.2013. Publicado em 07.06.2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1319515/ES. Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Relator para Acórdão Min. Mauro Campbell Marques. Julgamento em 22.08.2012. Publicado em 21.09.2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1366721/BA. Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Relator para Acórdão Min. Og Fernandes. Julgamento em 26.02.2014. Publicado em 19.09.2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 905035/SC. Relator Min. Castro Meira. Julgamento em 18.09.2007. Publicado em 18.09.2007.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. v. 4. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa: comentários à Lei nº 8.429/92 e legislação complementar*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GIACOMOLLI, Nereu. Art. 5º, LVII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, Almedina, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART., Sérgio Cruz. *Processo cautelar*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes. *O Limite da Improbidade Administrativa: os direitos dos administrados dentro da Lei nº 8.429/92*. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PAZZAGLINI FILHO, Marinho; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JR., Waldo. *Improbidade Administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

PENÃ, Eduardo Chemale Selistre. Os pressupostos para o deferimento da medida de indisponibilidade de bens na ação de improbidade administrativa. *Revista de Processo*. v. 38. n. 224. p.333-355 São Paulo: Revista dos Tribunais, Out./2013.

SILVA, Ovídio A. Batista da; GOMES, Flávio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Código de Processo Civil Anotado*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. *Curso de direito processual civil: processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência*. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

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

GUSSOLI, Felipe Klein. Presunção do *periculum in mora* na decretação de indisponibilidade de bens em ação de improbidade administrativa: para o início de uma crítica à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. In: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). *Problemas emergentes da Administração Pública*. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. *Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 353-364.

A TUTELA DO DIREITO À EDUCAÇÃO INCLUSIVA: PARA ALÉM DO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

FERNANDA LISSA FUJIWARA HOMMA

1 Introdução

O último relatório de monitoramento sobre a educação mundial realizado pela UNESCO⁹⁰³ traz à tona alguns dados alarmantes: dentre o contingente dos excluídos da escola, a maioria é composta por meninas. Dentre as crianças que estão fora da escola, em uma escala global, estima-se que quase metade nunca chegue a ingressar no ambiente escolar. As inúmeras desistências antes de sequer completar o ensino fundamental (primeiro ciclo básico de ensino) não vêm demonstrando muitas mudanças desde 1999: pelo menos um quarto daqueles que ingressam no ensino fundamental desistem antes do último ano. Estima-se que 250 milhões de crianças não são capazes de ler, escrever ou têm conhecimentos básicos de matemática, 130 milhões delas estão frequentando a escola.

Verifica-se que em países com poucos recursos econômicos e financeiros milhões de crianças nunca viram o interior de uma sala de aula. Já em países mais ricos, ao mesmo tempo em que parcela das crianças permanece excluída do ambiente escolar e, muitos que nele conseguem ingressar, nem sempre têm uma formação satisfatória; isso sem contar os alunos que simplesmente desistem da escola vez que as aulas lhes parecem irrelevantes para sua vida cotidiana.⁹⁰⁴

A partir deste panorama, muitos são os questionamentos que surgem sobre o que pode ser feito para proporcionar uma educação para todos. O problema está no acesso ou é a permanência nas escolas? A mera transmissão de conhecimentos basta? Ou a

⁹⁰³ UNESCO. Relatório de Monitoramento Global de Educação para Todos. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0022/002256/225660e.pdf>>

⁹⁰⁴ AINSCOW, Mel. Tornar a educação inclusiva: como esta tarefa deve ser conceituada? In: FÁVERO, Osmar. FERREIRA, Windyz; IRELAND, Timothy; BARREIROS, Debora. (orgs.) *Tornar a Educação inclusiva*. UNESCO, 2009. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001846/184683por.pdf>>, p. 11.

escola deve ir além buscando uma cultura para os direitos humanos? Qual, afinal, é a função da escola? Dominação ou emancipação? Inclusão ou exclusão social?

Há o reconhecimento em sede constitucional da educação como um direito fundamental. Some-se a isso, inúmeros dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que buscam reforçar a necessidade de condições adequadas ao acesso e à permanência dos educandos no ambiente escolar. Além disso, há a busca de uma inclusão educacional que seja capaz de abraçar os alunos e alunas em sua diversidade e que proporcione uma cultura voltada aos direitos humanos.

Novamente surgem diversos questionamentos: como tornar factível uma educação que seja inclusiva? Trata-se de algo que envolve apenas a escola? Ou todos devem estar comprometidos, desde a Administração Pública, por meio de políticas públicas adequadas, até a sociedade civil como um todo? Qual é o suporte normativo da educação inclusiva? Ele consegue ser suficiente? Como tutelar esse direito quando ele for violado?

Este artigo busca tentar responder algumas dessas perguntas, com o objetivo de iniciar um debate sobre o tema. Assim, em um primeiro momento analisa-se a configuração do direito à educação face à Constituição de 1988 e suas inúmeras facetas e contradições: ao mesmo tempo em que pode ser um instrumento para a emancipação social, pode também ser um instrumento de opressão e exclusão.

Em um segundo momento, busca-se delinear melhor o que seria uma educação inclusiva, as mudanças que demandaria no sistema escolar e sua necessária relação com os direitos humanos na busca da pluralidade. Em seguida, trata-se de analisar a posição tomada pelo Judiciário brasileiro frente aos direitos fundamentais sociais, principalmente o direito à educação, e a necessidade da superação de uma visão estanque (e ultrapassada) sobre sua configuração.

Por fim, analisam-se as possibilidades que a tutela coletiva pode oferecer como um meio hábil para promover o acesso à justiça e a atitude concreta do Judiciário em face à possibilidade da tutela do direito à educação inclusiva a partir da análise de dois casos concretos.

Direito fundamental à educação: entre dominação e emancipação

A Constituição de 1988 foi elaborada logo após o fim do regime ditatorial, que se caracterizou pela violência e por atentados contra os direitos fundamentais. Não obstante, ela traz consigo o compromisso de instaurar uma nova ordem, afirma sua supremacia e força normativa, tanto que pode ser considerada um símbolo desta transição de regimes que assegurou ao país certa estabilidade institucional.⁹⁰⁵

Atribui-se à Constituição de 1988 três características, que de acordo com Sarlet⁹⁰⁶ podem ser consideradas extensivas ao título dos direitos fundamentais: seu caráter analítico, seu pluralismo e seu forte cunho programático e dirigente.⁹⁰⁷ Há uma clara valorização dos direitos fundamentais pela Carta Magna com seu reconhecimento como conjunto de decisões ou valores básicos em uma sociedade, que são revestidos pela máxima normatividade de uma norma constitucional. Nesse sentido, esses direitos

⁹⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Vinte anos de constituição brasileira de 1988: o estado a que chegamos*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art.20081127-03.pdf>, p. 13.

⁹⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012., p. 75.

⁹⁰⁷ SARLET, I. W. *Idem*, p. 64.

voltam-se ao Poder Público e à sociedade como um todo, dirigindo-lhes a obrigação de realizá-los em sua máxima potencialidade.⁹⁰⁸

Nossa Carta Magna define, explicitamente, em seu artigo 6º,⁹⁰⁹ a educação como um direito social, ao lado da saúde, da moradia, da previdência, e de outros. Além disso, foi dedicado um capítulo inteiro para tratar com mais detalhes do direito fundamental à educação, que é o capítulo III do título da Ordem Social. Trata-se de nove artigos (artigo 205 ao 214) que dão as principais diretrizes, princípios e conformações para sua devida efetivação. Logo, é possível afirmar que a educação é um direito social bem estruturado normativamente, com especificações de como deve ser implementado e, principalmente, de como pode ser garantido.⁹¹⁰

Basicamente, afirma-se que a educação deve garantir o pleno desenvolvimento do sujeito, preparando-o para o mercado de trabalho e para o exercício da cidadania.⁹¹¹ O que parece ser uma definição bastante completa ignora algumas marcas de dominação presentes na sociedade atual. É justamente isso que denuncia Louis Althusser que, a partir de uma base marxista, define a educação como um dos Aparelhos Ideológicos do Estado.⁹¹² Assim, a educação estaria inserida em uma estrutura que visa, principalmente, a reprodução das relações de produção e, em última análise, do próprio sistema capitalista; trata-se de mais uma instituição ao lado de outras como a família, a Igreja, o sistema jurídico, político e sindical, além da cultura e dos aparelhos ideológicos de informação que abrangem a imprensa.

O filósofo afirma que é justamente na educação que o Estado desempenha um papel dominante,⁹¹³ ainda que isso não seja totalmente explícito: apropria-se das crianças já na infância, momento em que estão mais vulneráveis, para receber e reproduzir os saberes da ideologia dominante. Trata-se, em grande medida, à uma oposição à educação massificada e sem crítica que acaba por colocar a escola como um meio de manutenção do *status quo*.⁹¹⁴

François Dubet também pauta seu pensamento na concepção da educação a partir da escola como uma instituição inserida em um sistema capitalista demonstrando, especificamente, seu papel na produção e na reprodução das desigualdades sociais.⁹¹⁵ Trata-se de analisar o fato de que, em muitas sociedades, um diploma se traduz em renda e em status social. É que Dubet denomina de influência do diploma.⁹¹⁶ Assim, nas sociedades onde os diplomas se revelam mais “rentáveis”, verifica-se que há uma

⁹⁰⁸ SARLET, I. W. *Idem*, p. 163.

⁹⁰⁹ BRASIL. Constituição Federal. Art. 6º - São direitos sociais: a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

⁹¹⁰ MARINHO, Carolina Martins. *Justiciabilidade dos Direitos Sociais: análise de julgados do direito à educação sob o enfoque da capacidade institucional*. Dissertação de Mestrado, p. 11.

⁹¹¹ BRASIL. Constituição Federal. Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

⁹¹² ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos Ideológicos do Estado*. São Paulo: Graal, 2012. p. 68.

⁹¹³ ALTHUSSER, L. *Idem*, p. 79.

⁹¹⁴ ALTHUSSER, L. *Idem*, p. 81.

⁹¹⁵ DUBET, François. *Desigualdades escolares antes e depois da escola: organização escolar e influência dos diplomas*. Sociologias, Porto Alegre, ano 14, nº 29, jan./abr. 2012, p. 22-70. p. 40.

⁹¹⁶ DUBET, F. *Idem*, p.44.

enorme desigualdade salarial entre aqueles que tiveram acesso à educação e puderam optar por um diploma e aqueles que foram excluídos do sistema escolar.⁹¹⁷

Justamente em uma busca por uma escola mais justa e uma educação mais humana, Paulo Freire traz sua concepção bastante peculiar. Para o pedagogo, além da transmissão de uma cultura comum, a educação deve ser feita de maneira dialógica, ou seja, deve haver uma verdadeira troca entre educador e educando. Isso porque, o ponto de partida do pensamento de Freire é o reconhecimento do homem como (i) um ser incompleto, consciente desta incompletude e em permanente busca de completude e conhecimento; e (ii) voltado essencialmente à práxis.⁹¹⁸

Assim, o educando não pode ser visto como uma caixa na qual o educador vai fazendo seus depósitos de conhecimentos, como se o conhecimento fosse apenas a recepção passiva de informações.⁹¹⁹ A isto, Freire denomina uma concepção “bancária” de educação, que objetiva anular o senso crítico, tanto do educando, quanto do educador, e acaba por se tornar um instrumento de opressão e de reprodução da opressão⁹²⁰ tão criticado por Althusser.

2 A possibilidade do direito fundamental à educação inclusiva

Conforme enunciado anteriormente, a Constituição traz em seu corpo inúmeras diretrizes acerca da organização do sistema educacional. O dispositivo que melhor embasa a possibilidade do direito à educação inclusiva é o inc. I do art. 2, ao tratar do princípio da igualdade de condições de acesso e de permanência na escola. Trata-se da constatação da necessidade de condições materiais para a permanência do educando, o que englobaria as políticas públicas específicas destinadas à oferta de material didático, uniformes, transporte escolar, etc. Além disso, também se poderia falar em um ambiente escolar favorável à permanência do aluno na instituição – de modo que, entende-se inaceitável qualquer forma de discriminação que implique na exclusão e na intolerância à diferença e à diversidade.⁹²¹

Assim, é possível afirmar que houve uma legítima preocupação do constituinte com um sistema de educação inclusiva, isto é, um sistema que fosse capaz de, no mínimo, receber os/as estudantes em sua diversidade, ainda que isto seja apresentado de maneira um pouco abstrata. Faz-se necessário, portanto, conferir contornos mais definidos que garantam a efetiva possibilidade de um direito à uma educação inclusiva.

Tal tentativa será feita a partir de dois enfoques: a relação entre a educação e os direitos humanos e a educação inclusiva. Trata-se de dois programas de ação que se interligam em diversos aspectos, de maneira que poderiam ser considerados em um plano só, mas que aqui serão analisados em apartado apenas para que seja possível apresentar seus conteúdos de forma mais sistemática.

Sobre a educação em direitos humanos, considera-se seu marco no Brasil com o primeiro Programa Nacional dos Direitos Humanos (PNDH I) em 1996. Ele foi discutido

⁹¹⁷ DUBET, F. *Idem*, p.48.

⁹¹⁸ FREIRE, Paulo. Papel da Educação na Humanização. *Revista da FAEEBA*, Salvador, nº 7, p.10-17, jan./jun., 1997.p. 10.

⁹¹⁹ FREIRE, P. *Idem*, p. 13.

⁹²⁰ FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. Rio de Janeiro: Paz e terra, 2005, p. 69.

⁹²¹ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 255.

na 1ª Conferência Nacional de Direito Humanos que aconteceu no Brasil três anos após a Conferência de Viena de 1993. Em paralelo, a construção dos PNDH, houve em 2003 a elaboração do Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH). Já em 2006 é aprovado o segundo Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH II) fruto da colaboração dos Ministérios da Justiça e da Educação, além da Secretaria Especial de Direitos Humanos, do Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos e a UNESCO.

A partir disso, Vera Maria Candau⁹²² propõe três dimensões da educação em Direitos Humanos. O primeiro elemento diz respeito à formação de sujeitos de direito à nível pessoal e coletivo, que afastam a concepção de direitos como dádivas. O segundo deles é o empoderamento, isto é, a capacidade de minorias e grupos historicamente oprimidos obterem a possibilidade de ter influência nas decisões e nos processos coletivos da vida social. Por fim, o terceiro elemento envolve os processos de mudança e transformação para construção de uma sociedade democrática e humana. Há, assim, correlação e interdependência entre esses elementos para que haja a prática emancipatória na educação em Direitos Humanos.

Na esteira desta busca por uma verdadeira sincronia da educação ao lado dos direitos humanos na promoção da dignidade, alguns pontos acabam ganhando especial destaque às temáticas relativas aos grupos em situação de vulnerabilidade. Trata-se de dirigir a educação com o objetivo de reforçar os direitos humanos e as liberdades fundamentais, principalmente, buscando auxiliar na compreensão e tolerância entre povos e na promoção da dignidade humana.⁹²³

A partir do reconhecimento da necessária interação entre direitos humanos e educação, volta-se o enfoque para o sistema escolar como um todo e a necessária permeabilidade deste discurso em seu âmbito. Sabe-se que um dos maiores desafios do sistema escolar é justamente o da inclusão educacional em um sistema que é, por si só, tradicionalmente excludente.⁹²⁴

Neste primeiro momento, de maneira mais forte e, de certa forma, até hoje em alguns países, a educação inclusiva é vista, principalmente, como uma forma de inserir os alunos com deficiência no ambiente da educação geral. Internacionalmente, entretanto, ela é vista de forma cada vez mais ampla, como uma reforma que apoia e acolhe a diversidade entre todos os estudantes.⁹²⁵

Não obstante, a Conferência Mundial de Salamanca sobre Educação para Necessidades Especiais de 1994 endossou a ideia da educação inclusiva e conferiu-lhe uma referência normativa. Trata-se do documento internacional mais significativo que já apareceu sobre ao assunto, que acaba por definir a educação inclusiva como o meio mais eficaz de “combater atitudes discriminatórias, construindo uma sociedade

⁹²² CANDAU, Vera Maria. Educação em direitos humanos: desafios atuais. In: SILVEIRA, Rosa Maria Godoy. DIAS, Adelaide Alves. FERREIRA, Lúcia de Fátima Guerra. FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer ZENAIDE, Maria de Nazaré Tavares (org.). *Educação em Direitos Humanos: fundamentos teórico-metodológicos*. João Pessoa: Editora Universitária, 2007, p. 404-405.

⁹²³ GORCZEWSKI, Clovis; KONRAD, Letícia Regina. A educação e o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos: efetivando os direitos fundamentais no Brasil. *Revista do Direito UNISC*. Santa Cruz do Sul. n. 39. P. 18-42. jan./jun., 2013, p. 38.

⁹²⁴ Esta é uma posição defendida por François Dubet na maioria de seus escritos, especialmente em: DUBET, François. *As Desigualdades Multiplicadas*. Ijuí: Editora Unijul, 2003.

⁹²⁵ AINSCOW, M. Idem p. 12.

inclusiva e atingindo educação para todos”, tanto que após sua publicação verificam-se esforços consideráveis em muitos países para mudar a política e a prática educacional buscando a efetiva inclusão.⁹²⁶

A educação inclusiva supõe que o objetivo da inclusão educacional seja eliminar a exclusão social, que é consequência de atitudes e respostas às diversidades, sejam elas de raça, classe social, etnia, religião, gênero ou habilidade. Aqui, a inclusão tem como ponto de partida a ideia de que a educação é um direito humano básico e o fundamento para uma sociedade mais justa.⁹²⁷

Nesta esteira, em 2003, o MEC por intermédio da Seesp, no I Seminário de Formação de Gestores e Educadores, lançou o Programa Educação Inclusiva: direito à diversidade. Foram escolhidos, a princípio, 106 municípios, que se tornariam municípios-pólo na execução das diretrizes estabelecidas neste seminário. Em face do sucesso da atuação, em 2005 houve a expansão para mais 38 municípios-pólo, totalizando 144 municípios. Considerando suas respectivas áreas de abrangência, atualmente, estima-se que haja quase 5000 municípios participantes.⁹²⁸

O programa engloba a formação continuada de gestores e de educadores das redes estaduais e municipais de ensino para que seja possível a oferta da educação especial na perspectiva da educação inclusiva. Assim, busca-se que as redes de ensino atendam com qualidade e sejam capazes de incluir nas classes do ensino regular os alunos com deficiências, Transtornos Globais do Desenvolvimento (TGD) e altas habilidades (superdotação).⁹²⁹

Assim, é forte a concepção defendida pela professora Rosita Edler Carvalho de que a educação inclusiva diz respeito a uma escola de qualidade para todos e todas, uma escola que não segregue, não rotule, não expulse alunos com problemas; uma escola que enfrente, sem preconceitos, a questão do fracasso escolar e que, principalmente, seja capaz de atender à(s) diversidade(s) de seus alunos e alunas.

Completa a ideia de uma educação inclusiva a necessidade de se estabelecer programas, projetos e atividades que permitam o desenvolvimento pleno da personalidade dos indivíduos, fortalecendo o respeito aos direitos humanos e as liberdades fundamentais.⁹³⁰ Deve haver não só o compromisso da ampliação da matrícula, mas também o engajamento para estabelecer uma pauta de trabalho, com base na realidade social em que o aluno está inserido;⁹³¹ aproximar a educação à práxis.

Para além do âmbito escolar, a proposta de educação inclusiva é ousada à medida que busca ir além do espaço escolar e visa atingir a sociedade como um todo. Isso porque, entende-se que dentro dos muros da escola apenas se sistematiza o projeto curricular que inspira as práticas pedagógicas. Mas isso apenas não basta: a proposta inclusiva diz

⁹²⁶ AINSCOW, M. *Idem* p. 12.

⁹²⁷ AINSCOW, M. *Idem* p. 12.

⁹²⁸ LEODORO, Juliana Pires. *Inclusão escolar e formação continuada: o programa Educação Inclusiva: direito à diversidade*. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, p. 57.

⁹²⁹ FAGLIARI, Solange Santana dos Santos. *A educação especial na perspectiva da educação inclusiva: ajustes e tensões entre a política federal e a municipal*. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, p. 97.

⁹³⁰ CARVALHO, Rosita Edler. *Educação inclusiva: com os pingos nos “is”*. 9. ed. Porto Alegre: Editora Mediação, 2013., p. 80.

⁹³¹ CARVALHO, Rosita Edler. *Escola Inclusiva: a reorganização do trabalho pedagógico*. 5. ed. Porto Alegre: Editora Mediação, 2012 p. 58-59.

respeito a famílias inclusivas, a uma sociedade inclusiva, que sejam capazes de acolher e de reconhecer as diferenças individuais e oferecer respostas educativas que atendam aos interesses e às necessidades de todos e todas.⁹³²

A partir deste panorama geral da educação para os direitos humanos e a educação inclusiva, é possível perceber diversas similitudes em seus pressupostos e objetivos.

Não obstante, essas duas concepções não são tratadas de maneira complementar nos documentos que instituem suas principais diretrizes. Em outras palavras, o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos não faz qualquer referência ao Programa de Educação Inclusiva: Direito à Diversidade e vice-versa, de modo que em uma primeira leitura seria possível concluir que ambos os planos de ação não têm qualquer relação ou complementariedade – quando, em verdade, seria justamente o contrário.

Nesse sentido, considerando que é possível defender o acostamento das categorias de direitos humanos e de direitos fundamentais para proporcionar uma maior proteção dos sujeitos, deixando em segundo plano as nomenclaturas,⁹³³ parece possível defender também o acostamento das concepções de educação para os direitos humanos e educação inclusiva, visando uma melhor promoção de seus ideais de respeito à pluralidade no ambiente escolar.

Trata-se de buscar uma promoção ainda mais comprometida com a inclusão na educação, conjugando ambas as técnicas, especialmente na elaboração de políticas públicas. Isto porque esse direito tem essa dimensão coletiva, à medida que volta-se fortemente à necessidade de uma sociedade mais plural e inclusiva, de maneira ampla. Mas também, há a dimensão individual, no sentido de que cada aluno e cada aluna tem o direito de ter sua identidade, suas características próprias, seus ideais e diferenças preservados e respeitados.

Nesse sentido, é importante atentar sobre a questão da titularidade dos direitos fundamentais sociais – classificação na qual geralmente se insere o direito à educação –, bem como o questionamento quanto ao fato de eles serem divisíveis ou indivisíveis; uma questão complexa que acaba por afetar diretamente sua forma de tutela.

Isso porque, em linhas gerais, se consideramos que os direitos sociais são divisíveis, eles teriam uma titularidade individual e assim deveriam ser tutelados de maneira individual preferencialmente; mas se consideramos que eles têm uma titularidade coletiva, eles só seriam passíveis de proteção por via de tutela coletiva.

Isso revela uma problemática que deriva do senso comum teórico dos direitos fundamentais:⁹³⁴ por um lado se prestigiam os direitos de liberdade da chamada primeira geração em prejuízo dos direitos sociais, políticos e econômicos ou de segunda geração. Isso porque geralmente se acredita que somente os primeiros se enquadram na categoria de direito subjetivo e, portanto, conferem ao seu titular proteção judicial; por outro lado, e ao contrário, os direitos sociais estariam na dependência de uma prestação por parte do Poder Público para sua efetivação. Some-se isso ao entendimento bastante restritivo no reconhecimento da titularidade transindividual dos direitos fundamentais que se

⁹³² CARVALHO, R. E. *Idem*, p. 99.

⁹³³ FACHIN, Melina Girardi. *Direitos humanos e Fundamentais: do discurso teórico à prática efetiva: um olhar por meio da literatura*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 61-62.

⁹³⁴ HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais *econômicos, sociais, culturais e ambientais*. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 618-688, jul./dez., 2013, p. 621.

reservam somente a determinados tipos de direitos – os que se adequam a chamada terceira geração.⁹³⁵

A partir desta análise, entende-se que um direito fundamental em sentido amplo pode se desdobrar em funções diversas “(i) na defesa contra investidas do Estado; (ii) prestações materiais fornecidas no mundo dos fatos; (iii) prestações normativas, ligadas à proteção do direito fundamental contra ações de outros particulares e na criação de órgãos, instituições e procedimentos que viabilizem, de forma universalizada, o desempenho das demais funções”.⁹³⁶

Logo, é possível afirmar que a partir do reconhecimento da imposição de deveres objetivos que os direitos fundamentais demandam, não há margem para o Estado decidir se vai efetivá-los ou não. Ainda que haja certo espaço de discricionariedade do Administrador Público, sobre as prioridades e maneiras de sua execução, há limites impostos pela própria Constituição.

Nos casos em que sua atividade da Administração Pública não alcança um patamar satisfatório, ela se torna juridicamente inaceitável e se configura como uma violação à proibição de proteção insuficiente.⁹³⁷ Ou seja, “a falta de criações adequadas ao exercício dos direitos fundamentais em sua integralidade já implica uma inconstitucionalidade. Não é necessário alcançar um ponto crítico, um patamar de inconstitucionalidade máxima (porque violadora do núcleo essencial do direito fundamental) para se reconhecer que a conduta é contrária ao sistema normativo e precisa ser corrigida”.⁹³⁸

3 Judiciário, políticas públicas e direitos fundamentais sociais: necessidade da superação da “visão túnel”

O Brasil hoje é considerado como um país que possui um Judiciário bastante ativista na proteção dos direitos sociais, analisados como um todo.⁹³⁹ Isso se deu, em grande medida, com a superação do discurso que era predominante na doutrina e na jurisprudência e privilegiavam uma “visão túnel dos direitos fundamentais”⁹⁴⁰ que não se coaduna com a atual configuração constitucional.

Isso porque o dever de proteção ou de tutela de direitos que identifica o Estado Constitucional, nada tem a ver com a noção clássica de direito subjetivo. Em outras palavras, o Estado possui o dever de tutelar determinados direitos, através tanto de normas, quanto de atividades desenvolvidas pela Administração Pública, devido à sua relevância social e jurídica. Trata-se do dever de tutelar os direitos fundamentais que engloba o dever da tutela jurisdicional adequada.⁹⁴¹

⁹³⁵ HACHEM, D. W. *Idem*, p. 621.

⁹³⁶ HACHEM, D. W. *Idem*, p. 628.

⁹³⁷ HACHEM, D. W. *Idem*, p. 654.

⁹³⁸ HACHEM, D. W. *Idem*, p. 655.

⁹³⁹ SARMENTO, Daniel. A Proteção judicial dos Direitos Sociais: alguns parâmetros éticos-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel (coord.) *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de janeiro: Editora Lumen Juris, 2008., p. 553.

⁹⁴⁰ HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela Administrativa Efetiva dos Direitos Fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária*, 2014. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, p. 15

⁹⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 7. Ed. rev. at. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 146.

Mesmo assim, não são poucas as críticas dirigidas à chamada “judicialização dos direitos sociais”. Trata-se de críticas que envolvem o embate de argumentos complexos sendo que, muitas vezes, não é possível chegar a uma conclusão sobre qual ponto de vista deve prevalecer. Assim, em síntese, serão apresentados os principais argumentos que são sistematizados por Souza Neto.⁹⁴² Em síntese, o autor afirma que tais críticas podem ser divididas em duas ordens: a (i) crítica principiológica e a (ii) crítica institucional.

A (i) crítica principiológica deriva, ainda, de duas principais matrizes: (a) a matriz liberal e (b) a matriz democrática. As críticas que derivam da (a) matriz liberal fundam-se primordialmente no princípio da separação dos poderes, vez que a atuação do Judiciário no campo social acabaria por se tornar uma usurpação das competências do Legislativo e do Executivo, não lhe cabendo determinar a execução de políticas públicas.⁹⁴³ Essa concepção vem sendo combatida desde os estudos dos Federalistas,⁹⁴⁴ à medida que se defende não haver uma atribuição estanque de funções ao Legislativo, ao Executivo e ao Judiciário. Trata-se mais de um sistema de “freios e contrapesos”, com a possibilidade de um poder entrar na esfera de outro de modo a exercer sobre ele uma forma de controle.⁹⁴⁵

Por outro lado, (b) a crítica de matriz democrática parte da premissa que a concretização judiciária dos direitos sociais seria antidemocrática por ser realizada por agentes que não foram eleitos através do voto popular. Isso acabaria por levar a um governo de juízes ao invés de um governo do povo – ou de seus representantes – e reforçar uma visão elitista de governo: confere-se maior competência decisória a órgãos não eletivos sob o argumento de que eles seriam mais aptos para tomar decisões racionais e informadas.⁹⁴⁶

Além disso, outro argumento da crítica de matriz democrática é a possibilidade de uma relação individualista de clientela entre estados e cidadãos de modo que, ao prover direitos sociais, o Judiciário estaria colaborando com a desmobilização dos cidadãos para a luta política com o incentivo na busca individual da satisfação de seus interesses. Forma-se uma apatia política nos cidadãos, sendo que a luta política perderia lugar a litígios individuais estabelecidos a cada ação judicial.⁹⁴⁷

Trata-se de uma das críticas mais robustas no que tange à judicialização dos direitos sociais. Isso porque há de se reconhecer o papel político que vem assumindo o Judiciário brasileiro, especialmente a corte constitucional, que contribui para o déficit da autoridade democrática das instituições representativas.⁹⁴⁸ Ainda que os embates mais calorosos ocorram entre o Judiciário e o Legislativo, não há dúvida que ele também envolve o Executivo. Entretanto, há que se ponderar a discussão sobre “quem dá a última

⁹⁴² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de.; SARMENTO, Daniel (coord.) *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*, p. 519.

⁹⁴³ SOUZA NETO, C. P. *Idem*, p. 520.

⁹⁴⁴ “O Federalista” é composto por uma série de ensaios escritos por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, publicados pela imprensa de Nova York em 1788 e que defendiam a ratificação da Constituição dos EUA pelos Estados. Cf. LIMONGI, Fernando Papaterra. “O Federalista”: remédios republicanos para males republicanos. In: WEFFORT, Francisco (org.). *Os clássicos da política*. v. I. 14. ed. São Paulo: Ática, 2006, p. 245-252.

⁹⁴⁵ SOUZA NETO, C. P. *Idem*, p. 520.

⁹⁴⁶ SOUZA NETO, C. P. *Idem*, p. 522.

⁹⁴⁷ SOUZA NETO, C. P. *Idem*, p. 524.

⁹⁴⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista de Direito GV*, São Paulo, p. 441-464. Jul./dez. 2008. p. 443.

palavra”, pois, de fato, não há uma resposta definida, sendo necessário reconhecer que as escolhas a cada caso, muitas vezes, são contingentes.⁹⁴⁹

Por outro lado, (ii) as críticas institucionais se relacionam, em grande medida, com os desdobramentos práticos decorrentes das decisões judiciais relacionadas a concessão de direitos sociais. São elas, (a) a crítica financeira; (b) a crítica administrativa; (c) a crítica técnica; (d) a crítica econômica e (e) a crítica da desigualdade quanto ao acesso à justiça.⁹⁵⁰

A primeira delas, que é a *crítica financeira* se relaciona, principalmente, à reserva do possível e à possibilidade de efetivação do direito, a partir do que se poder razoavelmente esperar do Estado, devido à sua disponibilidade orçamentária e a alocação de recursos públicos.⁹⁵¹ Em linhas gerais, a reserva do possível é um conceito que foi desenvolvido a partir de uma decisão do tribunal constitucional alemão, justamente afirmando a necessidade de uma razoabilidade na exigência de provimentos envolvendo prestações positivas face ao Estado. Entretanto, tal argumento foi transportado ao Brasil em um momento em que as propostas do Estado Social enfrentavam grandes dificuldades para serem cumpridas, o que acaba por lhe conferir mais uma feição de isenção de responsabilidade, daquilo que buscava significar inicialmente.⁹⁵²

A *crítica administrativa* afirma que a atuação judicial na concretização dos direitos sociais desorganizaria a Administração Pública, vez que os administradores acabariam se dedicando mais ao atendimento de demandas individuais decorrentes de decisões do judiciário do que com políticas públicas voltadas à coletividade.⁹⁵³ Trata-se de um argumento bastante relevante que engloba a necessidade de uma maior racionalização da prestação jurisdicional.

Não obstante, alguns doutrinadores entendem que já resta superado, em grande medida, este momento inicial. Trata-se agora de iniciar outra fase: a racionalização deste processo. Assim, é essencial passar por dois pontos principais: em primeiro lugar, superar a “euforia judicialista”,⁹⁵⁴ que tomou conta do Judiciário no Brasil, e reconhecer que ele não pode ser o grande protagonista no cenário de afirmação dos direitos sociais, que devem ser realizados prioritariamente por políticas públicas.⁹⁵⁵

Em segundo lugar, é fundamental traçar parâmetros éticos-jurídicos para as intervenções judiciais sempre tendo em mente que os direitos sociais devem exercer um papel essencial na emancipação dos segmentos excluídos da sociedade, proporcionando-lhes bem estar e a efetiva fruição de seus direitos fundamentais.⁹⁵⁶

⁹⁴⁹ MENDES, Conrado Hubner. Is It All About The Last Word? Deliberative Separation of Powers 1. *Legisprudence*, Vol. 3, No. 1, pp. 69-110, 2009

⁹⁵⁰ SOUZA NETO, C. P. *Idem*, p. 525.

⁹⁵¹ SOUZA NETO, C. P. *Idem*, p. 526.

⁹⁵² PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. A reserva do possível na jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia. Curitiba, 2009. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, p. 14. Sobre um possível contraponto a esta posição ver: MOREIRA, Egon Bockmann. KANAYAMA, Rodrigo. A solvência absoluta do Estado vs. A Reserva do Possível. In: *Estudos em Memória do Prof. Doutor. J. L. Saldanha Sanches*, vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

⁹⁵³ SOUZA NETO, C. P. *Idem*, p. 528.

⁹⁵⁴ SARMENTO, Daniel. A Proteção judicial dos Direitos Sociais: alguns parâmetros éticos-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de.; SARMENTO, Daniel (coord.) *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.*, p. 586

⁹⁵⁵ SARMENTO, D. *Idem*, p. 586.

⁹⁵⁶ SARMENTO, D. *Idem*, p. 586.

A *crítica técnica* trata do argumento de que o Judiciário não tem conhecimento técnico adequado para verificar, no campo das políticas públicas, qual a melhor providência a ser tomada. Trata-se de uma decisão de tamanha complexidade que não caberia dentro de um processo judicial no qual participam somente partes legitimadas. Em oposição a isso, alguns autores⁹⁵⁷ afirmam que tal déficit poderia ser sanado por meio dos instrumentos de participação popular dentro do processo, como as audiências públicas e os *amicus curiae*.

A *crítica econômica* tem como base a vertente ideológica da Análise Econômica do Direito, que defende que as decisões judiciais devem ser analisadas por meio de um juízo voltado eminentemente ao resultado, de maneira que o direito é visto apenas como um meio para a realização das necessidades sociais. Para além da crítica da instrumentalização do Direito pela Economia,⁹⁵⁸ é fundamental perceber um certo utilitarismo defendido por esta corrente que acaba por se mostrar, em grande medida, incompatível com a promoção da dignidade humana consagrada na Constituição.⁹⁵⁹

Por fim, a *crítica da desigualdade* quanto ao acesso à justiça pauta-se na necessidade de a atuação jurisdicional dar prioridade na promoção do acesso universal e igualitário dos cidadãos a seus direitos fundamentais. Entretanto, verifica-se que, na prática, quem tem obtido efetivo acesso à justiça e a provimentos favoráveis é justamente a classe média, sendo que os mais pobres continuam excluídos do acesso à justiça.⁹⁶⁰

Nesse sentido, ganha importância o movimento de acesso à justiça que surge, justamente, nesta tentativa de analisar e procurar os caminhos para superar as dificuldades ou obstáculos que impossibilitam o acesso devido à tutela dos direitos desses segmentos mais vulneráveis.⁹⁶¹

Considera-se que o primeiro obstáculo é o de ordem econômica, isto é, a situação social de muitas pessoas que tem pouco ou nenhum acesso à informação sobre seus direitos e muito menos uma representação adequada para ingressar em juízo.⁹⁶² O segundo é o obstáculo organizacional, que decorre da ampla gama de direitos que a categoria “direitos sociais” é capaz de albergar, bem como a ampla gama de sujeitos que necessitam e usufruem desses direitos. Trata-se de direitos coletivos, *latu sensu*, e por isso há uma dificuldade no que tange à legitimidade de agir.⁹⁶³ Este ponto vem sendo superado, em grande medida, com a legitimidade conferida às associações, sindicatos e órgãos como o Ministério Público. Além do próprio reconhecimento da dupla titularidade dos direitos fundamentais sociais.

⁹⁵⁷ Além de Cláudio Pereira de Souza Neto, autor do artigo em questão, também manifestaram entendimento neste sentido: SILVA, Eduardo Silva da.; BRONSTRUP, Felipe Bauer. *O requisito da representatividade no amicus curiae*. Revista de Processo, vol. 207, p.153-196.

⁹⁵⁸ Sobre o tema do atrito entre Direito e Economia e críticas à Análise Econômica do Direito, ver: ROSA, Alexandre de Moraes. O que resta do estado nacional em face da invasão do discurso da law and economics. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, p. 153-183 e FARACO, Alexandre Ditzel; SANTOS, Fernando Muniz. Análise Econômica do Direito e Possibilidades Aplicativas no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte, Ano 3, nº 9, p. 27-61

⁹⁵⁹ SOUZA NETO, C. P. *Idem*, p. 533.

⁹⁶⁰ SOUZA NETO, C. P. *Idem*, p. 533.

⁹⁶¹ CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. *Revista de Processo* nº 74, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 82-97, abr./jun. 1994, p. 83

⁹⁶² CAPPELLETTI, M. *Idem*, p. 84.

⁹⁶³ CAPPELLETTI, M. *Idem*, p. 86.

O terceiro, por fim, é o obstáculo processual, ou seja, em certas áreas ou espécies de litígios, não é adequada a utilização do tipo ordinário de procedimento; prioriza-se a busca de reais alternativas aos juízos e aos procedimentos usuais.

Assim, é insuficiente que somente o indivíduo que foi pessoalmente lesado seja o legitimado para agir na reparação do dano nos casos em que se envolvam direitos coletivos, *latu sensu*, vez que, muitas vezes, o sujeito não está em posição de assegurar nem a si mesmo uma tutela judicial adequada, quanto mais aos interesses de toda uma coletividade,⁹⁶⁴ o que demanda um olhar mais atento à tutela coletiva.

4 Entre a tutela coletiva como acesso à justiça e o despreparo do judiciário brasileiro

Se no âmbito do direito material busca-se superar a visão túnel dos direitos fundamentais, e a prevalência dos “direitos de primeira geração”, no campo processual há a tentativa de se superar a tradição individualista do processo civil. Ainda que esta tradição não tenha decorrido de uma opção deliberada dos processualistas, mas em grande medida da própria configuração do direito material a partir do conceito de direito subjetivo,⁹⁶⁵ é necessário levar em conta que um sistema de tutela jurisdicional que se limite à proteção a direitos somente enquanto expressos em uma dimensão individual, acaba por lançar os indivíduos carentes de tutela estatal judicial à própria sorte. Ignora-se a necessidade de transposição de variados obstáculos econômicos, culturais, jurídicos e políticos ao acesso à justiça e a própria existência de direitos transindividuais.⁹⁶⁶

Defende-se, portanto, o sistema de processo coletivo em apartado, como um sistema diferente tanto qualitativa, quando quantitativamente, do sistema de proteção dos direitos individuais. Assim, não cabe a mera transposição das mesmas premissas que formam o sistema processual tradicional.⁹⁶⁷

O Brasil pode ser considerado o pioneiro dentre os países da civil *law* na implementação do sistema de processos coletivos com a Lei da Ação Popular já em 1977. Logo depois em 1981, a Lei nº 6.938 definiu a titularidade ao Ministério Público para ações ambientais de responsabilidade penal e civil. Finalmente, em 1985, com a Lei da Ação Civil Pública, os interesses ligados ao meio ambiente e ao consumidor receberam um tratamento diferenciado que se afastou do tradicional, estrutural, processual, individualista. Porém, foi com o advento da Constituição de 1988 que a proteção coletiva dos interesses transindividuais realmente acabou por receber ampla proteção.⁹⁶⁸

Tanto que o sistema processual coletivo acaba por transbordar a tutela de direitos transindividuais, e busca abraçar também a tutela de direitos de minorias e outros

⁹⁶⁴ CAPPELLETTI, Mauro. Formações Sociais e Interesses Coletivos diante da Justiça Civil. *Revista de Processo* nº 5, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 128-159, jan./mar. 1977, p. 136.

⁹⁶⁵ VENTURI, E. Idem, p. 225.

⁹⁶⁶ VENTURI, Elton. O Código Modelo de processos coletivos para Ibero-América: aspectos conceituais. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, p. 2473-2496, Ano 1, nº 4. Lisboa, 2012. p. 2476.

⁹⁶⁷ VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 33.

⁹⁶⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito Processual Coletivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves Casto; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos*, p. 11

sujeitos que dificilmente teriam sucesso em conseguir se apresentar pessoalmente em juízo para defender seus direitos.⁹⁶⁹ Isso é consagrado com o advento do Código de defesa do Consumidor em 1990, trazendo a figura dos direitos individuais homogêneos e fechando o quadro do que se chama de microsistema de processos coletivos do Brasil.

Uma vez garantida a ampla tutela jurisdicional de quaisquer direitos subjetivos, sejam de natureza individual ou meta-individual, não é admissível que as ações coletivas sofram restrições unicamente derivadas de um conceitualismo excessivo. O que se deve inferir é que os direitos coletivos, *latu sensu*, são passíveis de proteção jurisdicional não apenas pelo fato de serem conceituados como difusos, coletivos ou individuais homogêneos pela legislação infraconstitucional, mas sim, pelo fato de constituírem direitos constitucionalmente assegurados cuja necessidade de tutela advém de sua relevância social.⁹⁷⁰

A partir de uma análise empírica das ações que mais usualmente são ajuizadas, a primeira constatação é a espantosa assimetria entre o grande número de ações judiciais referentes ao direito à saúde em comparação ao pequeno número de casos envolvendo o direito à educação: 96% das ações versam sobre o direito à saúde enquanto apenas 4% das ações têm como foco o direito à educação.⁹⁷¹

Além disso, deste universo de 96% de ações que envolvem o direito à saúde, 2% dos casos são tuteladas via ações coletivas. No caso do direito à educação, a lógica se inverte: dos 4% das ações judiciais referentes ao direito à educação, 81% delas são ações coletivas.⁹⁷²

Especialmente no tocante ao direito à educação, grande parte das demandas versa sobre a necessidade de a Administração Pública suprir elementos básicos de infraestrutura tais como: quantidade adequada de vagas escolares, professores, transporte escolar ou mesmo esquemas especiais para pessoas com deficiência e alunos de alguma forma desfavorecidos.⁹⁷³

Verifica-se que os dois pedidos mais formulados são relativos à questão do acesso e à qualidade de ensino. A questão do acesso ao ensino engloba tanto ações que solicitam vagas em instituições, quanto ações que solicitam meios para que o acesso ao ensino possa se dar de maneira adequada.⁹⁷⁴ Trata-se de um direito bem delineado tanto em sede constitucional, quanto infraconstitucionalmente – como, por exemplo, na Lei de Diretrizes e Bases da Educação e no Estatuto da Criança e do Adolescente – de modo que, é quase unânime na doutrina que a educação trata-se de um dever do Estado, especialmente quando o assunto é educação infantil.⁹⁷⁵ Consequentemente, verifica-se que há nesta seara uma quantidade grande de sentenças de procedência do pedido.

Entretanto, quando se trata da qualidade do ensino, verifica-se um panorama completamente diferente. Trata-se de ações que buscam questionar a forma como vêm

⁹⁶⁹ VENTURI, E. *Idem*, p. 121.

⁹⁷⁰ VENTURI, E. *Idem*, p. 89.

⁹⁷¹ HOFFMANN, Florian F.; BENTES, Fernando R. R. M. A Litigância Judicial dos Direitos Sociais no Brasil: uma Abordagem Empírica. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de.; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 391.

⁹⁷² HOFFMANN, F. F.; BENTES, F. R. R. M. *Idem*, p. 391.

⁹⁷³ HOFFMANN, F. F.; BENTES, F. R. R. M. *Idem*, p. 398.

⁹⁷⁴ MARINHO, Carolina Martins. *Justiciabilidade dos Direitos Sociais: análise de julgados do direito à educação sob o enfoque da capacidade institucional*. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, p. 58.

⁹⁷⁵ MARINHO, C. M. *Idem*, p. 60.

sendo aplicados os recursos na educação.⁹⁷⁶ Há uma porcentagem bastante alta de ações extintas sem o julgamento de mérito pelo argumento de que tratava-se de pedido genérico demais, por estar embasado em um princípio não muito bem delimitado, de forma que é difícil sua comprovação e tutela pelo judiciário. Além disso, nesta seara as ações costumam demandar procedimentos estruturais que o Judiciário não se viu em condições de operar, por não ter as ferramentas necessárias para que sua resposta pudesse ser considerada justa e eficaz.⁹⁷⁷

Nesse sentido, a educação inclusiva seria possivelmente enquadrada na categoria de qualidade da educação. Ainda que tenha forte suporte doutrinário e normativo, corre o risco de ser considerada demasiada vaga e dependente unicamente da implementação por parte da Administração Pública.

É o que se percebe com a análise da Ação Civil Pública (ACP) nº 5002937-85.2011.404.7008/PR que foi ajuizada pelo Ministério Público Federal (MPF) em Paranaguá, em face da Universidade Federal do Paraná (UFPR) – Setor Litoral, a partir de representação feita ao MPF pela mãe de uma estudante surda-muda informando que a filha, estudante do curso de Artes da UFPR, não estava recebendo o suporte adequado da universidade: o único intérprete de libras estava em treinamento, e não ficava durante o período integral de aulas.

A ACP foi proposta no final de 2011. Os principais pedidos eram a adequação às diretrizes da FENEIS e do Decreto Presidencial, que estabeleciam a necessidade dos estabelecimentos de ensino superior se adequarem devidamente para receber estudantes portadores de deficiência, e do fornecimento imediato de intérprete de libras qualificado.

Infelizmente, a magistrada negou o pedido de decisão liminar. Ainda que reconhecesse a situação precária que a estudante estava submetida, afirmou que não estariam presentes os requisitos que autorizariam sua concessão, quais sejam: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Para além das falhas processuais, percebe-se que a magistrada optou por uma linha de pensamento bastante retrógrada no que tange à educação inclusiva, justamente filiando-se, ainda que não propositalmente, à linha integracionista que desloca todo o ônus da adaptação à “normalidade”, da instituição para o aluno. Assim, parece que juízo entende que a UFPR se desincumbiu do ônus uma vez que tomou as atitudes que podia, vez que, de fato, realizou um concurso público para seleção de interprete de libras, porém, não obteve aprovados. Não se conseguiu um intérprete, logo caberia à estudante encontrar outros meios para que pudesse assistir às aulas regularmente.

O segundo caso analisado volta-se mais para a questão da educação para os direitos humanos nas escolas. Trata-se da ACP nº 0000426-87.2014.4.01.3902 ajuizada pelo MPF em Santarém, Pará em face à União, o Estado do Pará e o Município de Santarém. A ACP tem como pano de fundo o movimento e o engajamento dos diversos povos indígenas da região do Município de Santarém em busca de sua autodeterminação e maior reivindicação dos direitos consagrados na CF, especialmente quanto à demarcação de terras, à educação e à saúde.

Entretanto, essas reivindicações receberam reações de parte da sociedade de Santarém que muitas vezes foram violentas, intolerantes e discriminatórias. A inicial

⁹⁷⁶ MARINHO, C. M. *Idem*, p. 83.

⁹⁷⁷ MARINHO, C. M. *Idem*, p. 103.

traz alguns exemplos dessas reações que incluem condutas discriminatórias praticadas pelos funcionários da escola indígena contra os alunos e o mais radical delas que foi a queimada de uma maloca, no ano de 2014.

A ação deixa claro que seu escopo principal é a tentativa da implementação de medidas que busquem, de alguma forma, minimizar a discriminação étnica e o preconceito, iniciando-se no âmbito escolar, mas não se restringindo a ele. Assim, deve haver, também, a complementação com outras medidas que informem a população em geral e amplie os conhecimentos acerca dos direitos humanos.

Novamente verificam-se inúmeros equívocos processuais e materiais, especialmente na suposta aplicação da regra da proporcionalidade: o magistrado “pondera” não haver provas suficientes de atos de discriminação, que seriam apenas pontuais, além de não se comprovar a omissão do Estado. Alega, ainda, a impossibilidade da liminar, porque haveria a necessidade de participação de outros atores sociais na elaboração de políticas que não caberiam ao juízo em sede de liminar, devido à sua cognição sumária. Balanceando esses elementos, o pedido de liminar é indeferido.

Ainda que alguns argumentos levantados sejam relevantes, como a necessidade de abertura à participação popular, seria fundamental o reconhecimento da necessidade de uma educação para os direitos humanos e seu papel central na promoção de um respeito à pluralidade – que foi ignorado pelo magistrado nesta ACP. Logo, percebe-se na decisão que nega a liminar da ACP, que não houve efetivamente uma ponderação pautada por critérios objetivos, e sim, a utilização retórica proporcionalizada para justificar a opção por uma decisão que não demandasse um papel ativo do Judiciário, seja na concretização de políticas públicas, seja na própria promoção dos direitos humanos.

Por fim, ressalte-se, ainda, que a possibilidade de uma educação inclusiva e emancipatória pautada pela educação para os direitos humanos e a educação inclusiva não é apenas uma vertente ideológica abstrata. Trata-se de um projeto revestido por inúmeros dispositivos normativos aptos a serem aplicados visando a concretização dos direitos fundamentais. Não somente isso, mas há o auxílio do próprio sistema de processo coletivos para sua concretização. Entretanto, infelizmente, ainda encontram-se inúmeros entraves devido a uma postura retrógrada assumida pelo Judiciário brasileiro, que não consegue superar uma visão túnel dos direitos fundamentais, não consegue vislumbrar as inúmeras possibilidades que a tutela coletiva oferece e, muito menos, não consegue abandonar os argumentos sobre os entraves de ordem econômica, que são usados à exaustão e, na maioria das vezes, retoricamente.

5 Conclusão

1. A Constituição de 88 traz a afirmação dos direitos fundamentais e a imperiosidade de sua observância e efetivação. Não obstante, o direito à educação está previsto expressamente em seu art. 6º como um direito fundamental social e é objeto de extensa regulamentação constitucional.

2. Entretanto, é necessário compreender que a educação tem uma configuração bastante dúbia: ao mesmo tempo em que pode ser instrumento para emancipação social, pode ser também um meio de opressão e manutenção da ideologia dominante; e é somente a partir de uma concepção da educação voltada à práxis e à emancipação social, que é possível compreender a educação como um direito fundamental.

3. Nesse sentido, voltam-se os olhos às teorias que versam sobre a educação inclusiva, que, inclusive, tem respaldo constitucional à medida que se afirma a preocupação com o acesso, mas também com a permanência do educando nas salas de aula. Isso pode se dar de duas maneiras: tanto pela educação para os direitos humanos, quanto pela educação inclusiva, *strictu sensu*.

4. A educação em direitos humanos se propõe à formação de sujeitos, ao empoderamento e à busca por uma transformação e construção de uma sociedade mais democrática. Nesse processo, especial atenção deve ser dada aos grupos em situação de vulnerabilidade. A educação inclusiva, em um sentido mais estrito, volta-se justamente às pessoas com deficiência e sua devida inclusão no ambiente escolar sem nunca imputar ao aluno o ônus da adaptação, e sim, aos estabelecimentos de ensino. Em uma concepção mais avançada, trata-se de voltar os olhos à sociedade como um todo e buscar uma sociedade inclusiva.

5. Nesse sentido verifica-se que o direito à educação inclusiva é multifacetado: ao mesmo tempo em que tem uma dimensão coletiva, tem uma dimensão individual voltada ao respeito à pluralidade do aluno. Inclusive, tal configuração está em consonância com uma concepção de direitos fundamentais que reconhece sua multifuncionalidade.

6. Nisso desembocam-se as possíveis formas de tutelar este direito, por uma visão que ultrapasse a questão da intervenção judicial nas políticas públicas que devem ser desenvolvidas pela Administração Pública. Sabe-se que o judiciário brasileiro é considerado bastante ativista na proteção dos direitos sociais e, para além das diversas críticas dirigidas ao que vem se considerando uma judicialização dos direitos sociais, é essencial buscar meios que racionalizem esta prestação e, principalmente, proporcionem um acesso à justiça mais igualitário.

7. Nesse sentido a tutela coletiva emerge como um instrumento apto a vocalizar essas demandas que de outra maneira não seriam conhecidas pelo Judiciário em face aos conhecidos obstáculos ao acesso à justiça. Assim, ao mesmo tempo em que se busca a superação da visão túnel dos direitos fundamentais, também se busca a superação da tradição individualista do processo civil.

8. Verifica-se que nos pleitos coletivos que envolvem especificamente o direito à educação, a grande maioria versa sobre infraestrutura e a minoria (menos bem-sucedida) versa sobre a qualidade da educação – categoria em que se enquadrariam pedidos que tratam da inclusão na educação. Além disso, a análise dos casos materializa o descompromisso e o despreparo do judiciário para lidar com este tipo de demanda.

9. A educação inclusiva não é um direito abstrato, possuindo suporte normativo e diversas diretrizes fornecidas pelos Programas desenvolvidos pelo Executivo à nível nacional. Entretanto, tais constatações são invisíveis aos magistrados que, não raro, preferem assumir uma postura retrógrada: se escondem atrás de argumentos de ordem econômica, utilizados a exaustão e retoricamente, e demonstram apego a uma tradicional e ultrapassada teoria dos direitos fundamentais.

Referências

AINSCOW, Mel. Tornar a educação inclusiva: como esta tarefa deve ser conceituada? In: FÁVERO, Osmar; FERREIRA, Windy; IRELAND, Timothy; BARREIROS, Debora. (orgs.) *Tornar a Educação inclusiva*. UNESCO, 2009. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001846/184683por.pdf>>. Acesso em: 22/08/2014

ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos Ideológicos do Estado*. São Paulo: Graal, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Vinte anos de constituição brasileira de 1988: o estado a que chegamos*. Disponível em: < http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art.200811_27-03.pdf>. Acesso em: 22/08/2014.

CANDAU, Vera Maria. Educação em direitos humanos: desafios atuais. In: SILVEIRA, Rosa Maria Godoy; DIAS, Adelaide Alves; FERREIRA, Lúcia de Fátima Guerra; FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer; ZENAIDE, Maria de Nazaré Tavares (org.). *Educação em Direitos Humanos: fundamentos teórico-metodológicos*. João Pessoa: Editora Universitária, 2007.

CAPPELETTI, Mauro. Formações Sociais e Interesses Coletivos diante da Justiça Civil. *Revista de Processo* nº 5, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 128-159, jan./mar. 1977.

CAPPELETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. *Revista de Processo* nº 74, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 82-97, abr./jun. 1994.

CARVALHO, Rosita Edler. *Educação inclusiva: com os pingos nos "is"*. 9. ed. Porto Alegre: Editora Mediação, 2013.

CARVALHO, Rosita Edler. *Escola Inclusiva: a reorganização do trabalho pedagógico*. 5. ed. Porto Alegre: Editora Mediação, 2012.

DUBET, François. *As Desigualdades Multiplicadas*. Ijuí: Editora Unijul, 2003.

DUBET, François. *Desigualdades escolares antes e depois da escola: organização escolar e influência dos diplomas*. Sociologias, Porto Alegre, ano 14, nº 29, jan./abr. 2012, p. 22-70.

FACHIN, Melina Girardi. *Direitos humanos e Fundamentais: do discurso teórico à prática efetiva: um olhar por meio da literatura*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

FAGLIARI, Solange Santana dos Santos. *A educação especial na perspectiva da educação inclusiva: ajustes e tensões entre a política federal e a municipal*. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo.

FARACO, Alexandre Ditzel; SANTOS, Fernando Muniz. Análise Econômica do Direito e Possibilidades Aplicativas no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte, Ano 3, nº 9, p. 27-61, 2005.

FREIRE, Paulo. Papel da Educação na Humanização. *Revista da FAEEBA*, Salvador, nº 7, p.10-17, jan./jun., 1997.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. Rio de Janeiro: Paz e terra, 2005.

GORCZEWSKI, Clovis; KONRAD, Letícia Regina. A educação e o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos: efetivando os direitos fundamentais no Brasil. *Revista do Direito UNISC*. Santa Cruz do Sul. n. 39. P. 18-42. jan./jun., 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito Processual Coletivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves Casto; WATANABE, Kazuo (Coord.) *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: revista dos Tribunais, 2007.

HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 618-688, jul./dez., 2013.

HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela Administrativa Efetiva dos Direitos Fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária*, 2014. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná.

HOFFMANN, Florian F.; BENTES, Fernando R. R. M. A Litigância Judicial dos Direitos Sociais no Brasil: uma Abordagem Empírica. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de.; SARMENTO, Daniel (coord.) *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

LEODORO, Juliana Pires. *Inclusão escolar e formação continuada: o programa Educação Inclusiva: direito a diversidade*. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo.

MARINHO, Carolina Martins. *Justiciabilidade dos Direitos Sociais: análise de julgados do direito à educação sob o enfoque da capacidade institucional*. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 7. Ed. rev. at. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MENDES, Conrado Hubner. Is It All About The Last Word? Deliberative Separation of Powers 1. *Legisprudence*, Vol. 3, n. 1, pp. 69-110, 2009.

PEREIRA, Ana Lucia Pretto. *A reserva do possível na jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia*. Curitiba, 2009. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. A Proteção judicial dos Direitos Sociais: alguns parâmetros éticos-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

VENTURI, Elton. O Código Modelo de processos coletivos para Ibero-América: aspectos conceituais. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro* – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p. 2473-2496, Ano 1, nº 4. Lisboa, 2012.

VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista de Direito GV*, São Paulo, p. 441-464. Jul./dez. 2008

LIMONGI, Fernando Papaterra. “O Federalista”: remédios republicanos para males republicanos. In: WEFFORT, Francisco (org.). *Os clássicos da política*. v. I. 14. ed. São Paulo: Ática, 2006, p. 245-252.

MOREIRA, Egon Bockmann. KANAYAMA, Rodrigo. A solvência absoluta do Estado vs. A Reserva do Possível. In: *Estudos em Memória do Prof. Doutor. J. L. Saldanha Sanches*, vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

ROSA, Alexandre de Moraes. O que resta do estado nacional em face da invasão do discurso da law and economics. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 7, p. 153-183, jan./jun., 2010.

SILVA, Eduardo Silva da.; BRONSTRUP, Felipe Bauer. O requisito da representatividade no *amicus curiae*. *Revista de Processo*, vol. 37, n. 207, p.153-196, mai. 2012.

UNESCO. *Relatório de Monitoramento Global de Educação para Todos*. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0022/002256/225660e.pdf>>. Acesso em: 22/08/2014.

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

HOMMA, Fernanda Lissa Fujiwara. A tutela do direito à educação inclusiva: para além do controle judicial de políticas públicas. In: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). *Problemas emergentes da Administração Pública*. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. *Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 365-382.

RELAÇÕES ENTRE A LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO E O DECRETO QUE INSTITUI A POLÍTICA NACIONAL DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL: A IMPLEMENTAÇÃO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

ÉRICO PRADO KLEIN
GABRIEL MORETTINI E CASTELLA

1 Introdução

Considerada por muitos como um grande avanço na trajetória democrática brasileira, a Lei de acesso à Informação surge como uma poderosa ferramenta na efetivação dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal. Em um Estado Democrático de Direito, é cediço que as informações produzidas pelo Estado dizem respeito ao interesse público e, portanto, devem estar acessíveis a todos.

É assim que se deve perceber a Lei de Acesso à informação, como instrumento à efetivação da democracia visando à qualificação das vontades geradas no seio da sociedade civil e das associações entre as pessoas. O presente artigo se propõe a compreender as formas de efetivar a Democracia, analisando a contribuição dos mencionados instrumentos em tal processo.

Neste prisma analítico é que o Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição da República traz à ponderação ideológica a liberdade e a igualdade, de forma a proteger, não apenas a liberdade individual, mas também o interesse público, com sustentação na fraternidade entre os homens. A posição deste Estado não deve ser vista como a de um “Estado Paternalista”, que, além de tomar para si diversas responsabilidades de tutela dos direitos da sociedade, decide unilateralmente o que é melhor para os governados. O Estado Democrático de Direito enuncia um modelo que só se realiza plenamente com a participação popular “no processo político, nas decisões de governo, no controle da Administração Pública”,⁹⁷⁸ participação essa que depende diretamente da transparência do Estado.

⁹⁷⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 14.

Isto posto, a democracia popular implica em um modelo de participação da sociedade de forma consciente, de modo que a coletividade possa fiscalizar as atuações estatais e, por consequência, alterar o modelo atual de democracia de massas, em que a expressão da voz do povo é desinteressada, alienada e predisposta a comportamento servil.⁹⁷⁹

Enfim, o Estado Democrático de Direito necessita de um Ente Político que atue sustentado por princípios, conte com a participação frequente do cidadão e que almeje a igualdade material,⁹⁸⁰ qualificando a vontade por ele exprimida, incentivando a reunião em associações de pessoas e fornecimento amplo de informações tidas como internas.

Assim é que, apesar de ser um direito constitucionalmente garantido, com a promulgação da lei que regula e facilita a obtenção de informações, tal acesso avançou consideravelmente no Brasil tendo progredido como um meio de combate à corrupção na prestação de contas públicas e, principalmente, como fator chave para o aumento da transparência da administração pública,⁹⁸¹ o que é essencial na qualificação da vontade exprimida pelo cidadão e associações em processos afeitos à democracia participativa. Por outro lado, desde já, importante ressaltar que a Lei prevê também os casos específicos em que o sigilo se faz necessário.

Desse modo, o acesso à informação pública passa a ser regra e o sigilo exceção, já que para que se obtenha êxito na aplicação dos diversos mecanismos democráticos, tais como eleições regulares, conselhos fiscalizadores de políticas públicas e orçamento participativo, o conhecimento sobre informações mantidas pelos órgãos públicos torna-se essencial.

Logo, não se pode ignorar a relevância do acesso às informações públicas para consolidação das democracias, eis que possibilita aos cidadãos participarem de forma qualificada das decisões que os afetam. Destarte, o ponto essencial reside no fato de que o Estado Democrático de Direito qualifica-se não somente pela aplicação de princípios formais como o da legalidade, mas também pela observância de outros direitos e garantias fundamentais de cunho mais subjetivo e, principalmente, pela soberania popular,⁹⁸² que se deve verificar na própria formação das políticas públicas e do sistema legal, sem falhar na observância de direitos de minorias, que igualmente devem ter espaço nas esferas de debate público.

Por conseguinte, a LAI pode ser considerada a instrumentalização de um direito do cidadão perante a Administração, utilizado diariamente desenvolvendo a construção de um constitucionalismo emancipatório. Através desse instrumento concretiza-se a preservação da autonomia privada e pública, em uma ação democrática e dialógica.⁹⁸³

Importante ainda mencionar, que diversos organismos internacionais responsáveis pela promoção e proteção dos direitos humanos reconheceram como direito fundamental

⁹⁷⁹ FERREIRA, Luís Pinto. *Teoria Geral do Estado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 966-968.

⁹⁸⁰ DI PIETRO, 2009, p. 14/15. A autora usa neste momento o conceito de “justiça material”, denominado “igualdade material” por este pesquisador.

⁹⁸¹ ABDALA, Jamilyton; NASCIMENTO, Makvel Reis. *Lei de Acesso à Informação*: um instrumento de controle social da administração pública. Disponível em: <<http://www.amog.org.br/amogarquivos/TCCPOS-TURMA-2012/Jamilyton-Abdala.pdf>>. Acesso em: 04 Ago. 2014.

⁹⁸² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. ISBN978-85-203-4763-8. P 101.

⁹⁸³ HEINEN, Juliano. *Comentários à Lei de Acesso à Informação*: Lei nº 12.527/2011. Belo Horizonte: Fórum, 2014. ISBN 978-85-7700-790-5. P.13.

o acesso às informações em posse de órgãos públicos, conforme se demonstrará ao longo deste trabalho. Em sua maior parte, argumentam que a referida permissão encontra-se pautada na garantia de liberdade de expressão, do direito à informação como um bem público e do acesso a ela como um direito humano inalienável e universal, também intimamente ligado à realização ampla da democracia em sua forma plena.⁹⁸⁴

Assim, a Lei de Acesso à Informação se insere no ambiente da democracia participativa, no qual se objetiva complementar o modelo institucional de representação. Para tanto, utiliza-se de meios regulares e estáveis de participação dos cidadãos no processo de tomada de decisão da Administração Pública, que recentemente receberam a adição dos meios previstos no Decreto nº 8423/2014.⁹⁸⁵

2 Circunstâncias internacionais (análise de legislações e tratados sobre a Lei de Acesso à Informação)

Somando-se ao que foi inicialmente exposto, nota-se que o propósito da Lei de Acesso à informação é, em suma, repelir o sigilo dos documentos públicos, fomentando e qualificando a participação social na administração pública.⁹⁸⁶ Observando este panorama, deve-se analisar a conjuntura nacional e internacional que motivou a elaboração e a aplicação do referido diploma legal.

Adotada e proclamada pela Resolução nº 217 A (III), da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas, torna-se referência mundial em relação ao direito de livre acesso à informação. Em seu artigo XIX, estabelece, em síntese, que o ser humano possui, sem limite de fronteiras, o direito à liberdade de opinião e de expressão, incluindo a liberdade de ter opiniões sem sofrer interferências e de procurar, receber e divulgar informações e ideias em quaisquer meios.⁹⁸⁷

Merece ainda destaque, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, da Organização das Nações Unidas 1966. De forma a reforçar o exposto na Declaração citada anteriormente, o artigo 19 do Pacto prescreve que o direito à liberdade de expressão está abrangido também pela liberdade de procurar, receber e expandir informações e ideias de toda espécie, sob forma oral ou escrita, impressa ou artística, ou por qualquer outro meio à sua escolha.⁹⁸⁸

No âmbito continental, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, da Organização dos Estados Americanos (1969), em seu artigo 13, vem a corroborar a tendência mundial disseminada pela ONU, ao fortificar o direito à liberdade de pensamento e de expressão, compreendidos na liberdade e na simplicidade de acesso à informação.⁹⁸⁹

⁹⁸⁴ Segundo a Unesco (Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura),

⁹⁸⁵ MIRAGEM, Bruno. *A nova Administração Pública e o Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 55-56.

⁹⁸⁶ SILVEIRA, Marco Antonio Karam. Lei de acesso à informação pública (Lei nº 12.527/2011): democracia, república e transparência no Estado Constitucional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 102, n. 927, p. 131-155, jan. 2013.

⁹⁸⁷ Escola Virtual da CGU. *Rumo a uma cultura de acesso à informação*. Módulo I. Disponível em: http://www.tc.gob.pe/corte_interamericana/seriec_151_esp.pdf. Acesso em: 08/08/2014.

⁹⁸⁸ Escola Virtual da CGU. *Rumo a uma cultura de acesso à informação*. Módulo I. Disponível em: http://www.tc.gob.pe/corte_interamericana/seriec_151_esp.pdf. Acesso em: 08/08/2014.

⁹⁸⁹ Escola Virtual da CGU. *Rumo a uma cultura de acesso à informação*. Módulo I. Disponível em: http://www.tc.gob.pe/corte_interamericana/seriec_151_esp.pdf. Acesso em: 08/08/2014.

A Declaração Interamericana de Princípios de Liberdade de Expressão, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (2000), no item 4, vem a repetir o que a Constituição Federal de 1988, no seu inciso XXXIII do art. 5º, estabeleceu como direito fundamental do indivíduo, a informação em poder do Estado. Aduz, basicamente, que os Estados estão obrigados a garantir o exercício desse direito. Entretanto, admite limitações excepcionais que devem estar previamente estabelecidas em lei para o caso da existência de perigo real e iminente que ameace a segurança nacional em sociedades democráticas.⁹⁹⁰

Por fim, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (artigos 10 e 13) – 2003, prevê que cada Estado-parte deverá [...] tomar as medidas necessárias para aumentar a transparência em sua administração pública [...] procedimentos ou regulamentos que permitam aos membros do público em geral obter [...] informações sobre a organização, funcionamento e processos decisórios de sua administração pública [...], em consonância com o disposto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do §3º do art. 37 e no §2º do art. 216 da Constituição Federal.⁹⁹¹

Verifica-se que as mencionadas Convenções contribuem demasiadamente, ao estabelecerem o acesso à informação como mecanismo de prevenção e combate à corrupção. Criam-se, assim, instrumentos para promover a transparência pública e a participação social nas ações governamentais a serem adotadas pelos Estados-partes.

A nova Lei de Acesso à Informação segue uma tendência mundial, impulsionada por entidades internacionais como a ONU e a OEA, para inibir futuras ações ilícitas e incentivar a efetivação dos objetivos expostos no preâmbulo da Carta das Nações Unidas. Logo, constata-se a necessidade de os países signatários das convenções editadas pelas referidas entidades editar leis nesse sentido.

Inaugurando a série de leis que viriam a surgir nas Américas sobre obtenção de informação públicas, em 4 de julho de 1966, os Estados Unidos criaram o *Freedom of Information Act* (FOIA), estabelecendo como direito dos cidadãos a aferição de dados em domínio dos registros de agências federais. Todavia, previa que alguns registros estariam protegidos por algumas hipóteses de exclusões especiais de aplicação da lei. Ainda assim, o Congresso, o Presidente e a Suprema Corte reconheceram a FOIA como um elemento vital da democracia estadunidense.⁹⁹²

⁹⁹⁰ Pioneiramente, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao julgar o caso *Claude-Reyes*, no ano de 2006, consolidou o entendimento do direito de acesso às informações públicas como um direito fundamental do indivíduo e como uma obrigação do Estado. Trata-se de **um processo movido por Marcel Claude Reyes, Sebastián Cox Urrejola e Arturo Longton Guerrero contra o Estado do Chile, devido à recusa, sem uma justificativa válida, a uma solicitação de informações desses cidadãos sobre um projeto de desmatamento que poderia ser prejudicial ao meio ambiente e para o desenvolvimento sustentável do Chile. Ao verificar o referido caso concreto, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos considerou que o Chile, signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos desde 1990, violou o direito de liberdade de expressão, garantido pelo Artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos. A Corte decidiu que o Estado do Chile disponibilizasse as informações às pessoas requerentes e as indenizasse, como também adotasse as medidas necessárias para efetivar o direito de acesso à informação por meio de uma legislação nacional específica e que capacitasse os servidores públicos para viabilizar o usufruto desse direito.** Escola Virtual da CGU. *Rumo a uma cultura de acesso à informação*. Módulo I. Disponível em: http://www.tc.gov.pe/corte_interamericana/seriec_151_esp.pdf. Acesso em: 08/08/2014.

⁹⁹¹ Escola Virtual da CGU. *Rumo a uma cultura de acesso à informação*. Módulo I. Disponível em: http://www.tc.gov.pe/corte_interamericana/seriec_151_esp.pdf. Acesso em: 08/08/2014.

⁹⁹² What is FOIA? Disponível em: <http://www.foia.gov/about.html>. Acesso em: 08 Ago. 2014.

Apesar do longo período em que foram promulgadas as convenções citadas anteriormente, o Brasil, até 2011, ao contrário de seus vizinhos, ainda não possuía uma lei de acesso à informação que pudesse ser aplicada a todos os órgãos da administração pública.⁹⁹³ Em 1985, o Estado Colombiano já havia promulgado uma das primeiras legislações no âmbito da América Latina sobre a publicidade de atos e documentos oficiais. Prontamente, no seu artigo 1º, verifica-se que todos os atos governamentais da administração pública colombiana, desde o âmbito municipal até o nacional, devem ser publicados com o fim de atender e informar a população sobre assuntos públicos, de modo que os cidadãos possam exercer o controle eficaz sobre as condutas das autoridades.⁹⁹⁴

Recentemente, o Presidente colombiano Juan Manuel Santos sancionou a Lei nº 1.712, de 2014, a qual possibilita à população daquele país exigir como direito fundamental o acesso à informação.⁹⁹⁵ Importante salientar que a Constituição brasileira vigente, no seu inciso XXXIII do art. 5º, já havia estabelecido como direito fundamental do indivíduo o acesso à informação em poder do estado.

Embora o Brasil tenha se tornado referência para os demais países latino americanos, diferentemente do México, a Lei brasileira tratou de forma extremamente genérica a definição do significado de informação e de documento, conforme se observa no art.4º, I e II, da Lei nº 12.527/2011. A Lei mexicana determina detalhadamente, no seu art. 3º, III,⁹⁹⁶ os documentos (relatórios, estudos, atas, resoluções, ofícios, notas, entre outros) que estarão sujeitos à aplicação da Lei, independentemente da fonte, da data de sua elaboração, bem como do conteúdo desses documentos.⁹⁹⁷

Mesmo não sendo tão detalhada quanto à lei mexicana, em observação aos princípios da transparência e da publicidade aplicada à descrição genérica dos incs. I e II do art. 4º, verifica-se que se trata de um rol meramente exemplificativo. Dessa forma, a interpretação da lei deve observar os princípios que direcionaram a sua criação, em especial os da transparência e da publicidade das informações geradas ou arquivadas pelo Estado, conforme se demonstrará nas próximas linhas.⁹⁹⁸

⁹⁹³ *Op. Cit.* ABDALA, Jamylton. NASCIMENTO, Makvel Reis.

⁹⁹⁴ “Artículo 1º.- La Nación, los Departamentos y los Municipios incluirán en sus respectivos Diarios, Gacetas, o Boletines Oficiales, todos los actos gubernamentales y administrativos que la opinión deba conocer para informarse sobre el manejo de los asuntos públicos y para ejercer eficaz control sobre la conducta de las autoridades, y los demás que según la ley deban publicarse para que produzcan efectos jurídicos.” Disponível em: http://www.unal.edu.co/secretaria/normas/ex/L0057_85.pdf. Acesso em: 08 Ago. 2014.

⁹⁹⁵ Presidente de la República sanciona la Ley de Transparencia y Acceso a La Información Pública. Disponível em: <http://www.mintic.gov.co/portal/604/w3-article-5402.html>. Acesso em: 08 Ago. 2014.

⁹⁹⁶ “Artículo 3. Para los efectos de esta Ley se entenderá por: (...)III. Documentos: Los expedientes, reportes, estudios, actas, resoluciones, oficios, correspondencia, acuerdos, directivas, directrices, circulares, contratos, convenios, instructivos, notas, memorandos, estadísticas o bien, cualquier otro registro que documente el ejercicio de las facultades o la actividad de los sujetos obligados y sus servidores públicos, sin importar su fuente o fecha de elaboración. Los documentos podrán estar en cualquier medio, sea escrito, impreso, sonoro, visual, electrónico, informático u holográfico. Disponível em: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/244_140714.pdf. Acesso em: 08 Ago. 2014.

⁹⁹⁷ *Op Cit.* SILVEIRA, Marco Antonio Karam. p. 131-155, jan. 2013.

⁹⁹⁸ *Op Cit.* SILVEIRA, Marco Antonio Karam. p. 131-155, jan. 2013.

3 Princípios que norteiam a Lei de Acesso à Informação e decorrências da sua aplicação

Com acesso às informações públicas, os cidadãos têm mais condições de monitorar as decisões de interesse público e qualificar a expressão das vontades. Líderes políticos tornam-se propensos a agir de acordo com os anseios da população se sabem que suas ações podem ser constantemente avaliadas pelos cidadãos.⁹⁹⁹

Portanto, o avanço do Brasil no aperfeiçoamento da gestão pública não se restringe à mera criação de leis, mas sim, à real aplicabilidade das normas. Sendo assim, a LAI se fortalece com a presença de instrumentos de participação cidadã, como o Decreto nº 8423/2014, que permitem a discussão de políticas públicas a serem implementadas, bem como a fiscalização de sua execução.

Assim, para que ocorra a efetividade da aplicação de referidos instrumentos de democracia participativa, é cediço que não se pode olvidar dos princípios da transparência e publicidade das informações geradas pelo Estado, visto que, ao impulsionar a cultura da transparência, amplia-se a gestão democrática e o controle por parte da população.¹⁰⁰⁰

Ao alçar o cidadão na condição de controlador e acompanhador da atividade administrativa, a LAI estabeleceu um novo pressuposto da democracia contemporânea, a transparência da Administração Pública. Confirma-se, portanto, o exposto anteriormente: a tendência de Estados democráticos criarem legislações que garantam ao cidadão o mais próximo do pleno conhecimento das ações do governo, sua estrutura, missão, objetivos e o resultado final, avaliando-se a relação entre a aplicação quantitativa dos recursos e os benefícios adquiridos pela sociedade.¹⁰⁰¹

O princípio da transparência pode ser considerado o fundamento do Estado Democrático de Direito, na medida em que impõe um dever de lisura das relações entre o Estado e a população.¹⁰⁰² Nesse sentido, em um Estado Democrático, com raras exceções, todos os atos dos governantes devem ser conhecidos pelo povo soberano, sendo esta uma maneira de impor óbice a um poder absoluto e distinguir o estado constitucional do despótico.¹⁰⁰³

Ao tratar sobre o dever da transparência nos atos praticados pelo Estado, a Constituição Federal estabelece que seja como direito fundamental; art. 5, incisos XXXIII, XXIV, XXXV; princípio da Administração Pública; art. 37, art. 216 §2º, ou princípio para os julgamentos dos órgãos do poder judiciário; art. 93, inciso IX. Entretanto, algumas medidas, como em casos que podem colocar em risco a segurança do Estado e/ou da sociedade, conforme disposto na seção III da LAI ou no art. 5, XXXIII da CF, são excepcionados.

A divulgação dos atos governamentais pode advir, portanto, de imposição legal, ou de forma espontânea, como ocorre nos canais televisivos: TV Senado, TV Camara, TV

⁹⁹⁹ Escola Virtual da CGU. Rumo a uma cultura de acesso à informação.. Módulo I. Disponível: em: http://www.tc.gov.br/corte_interamericana/seriec_151_esp.pdf. Acesso em: 08/08/2014.

¹⁰⁰⁰ MOTA JUNIOR, João Francisco da. A Lei de Acesso à Informação (LAI) e a cultura da transparência. Boletim de Direito Administrativo, BDA São Paulo, v. 28, n. 9, p.1046.

¹⁰⁰¹ Exposicao de Motivos do Projeto de Lei nº 219, de 2003, que deu origem à Lei nº 12.527/2011.

¹⁰⁰² HEINEN, Juliano. *Comentários à Lei de Acesso à Informação: Lei nº 12.527/2011*.-Belo Horizonte: Fórum, 2014. ISBN 978-85-7700-790-5.p.19.

¹⁰⁰³ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p.86-87.

Justica, ou pelo rádio, através da Voz do Brasil. A atividade administrativa não restringe a busca do interesse público, objetiva também esclarecer e comunicar os cidadãos, de modo que possam compreender e fiscalizar as ações estatais.¹⁰⁰⁴

Um bom exemplo de necessidade de fornecimento de informações são os serviços públicos, em que a Lei prima por fornecer aos cidadãos a matéria para a defesa de seus interesses, isto é, a informação sobre estes. Verifica-se, portanto, que o direito aqui tutelado é a defesa dos interesses dos usuários, que depende de informações - “aspectos e fatores envolvidos” na prestação do serviço. Isto posto, a concessionária e o poder concedente devem viabilizar a efetiva defesa dos interesses dos usuários, abstendo-se de dificultar ou de cerceá-la.¹⁰⁰⁵

Há diversos outros direitos relacionados a este, já que ele é a realização do Princípio da Publicidade, permitindo aos usuários o acesso às informações para, por meio da fiscalização das atividades do poder público e do concessionário do direito de petição, buscar a tutela de seus interesses.

O direito à informação se vê limitado pelo sigilo de certas informações que, se divulgadas, podem causar dano ao interesse público ou privado, desta forma, é bom parâmetro para o direito à informação o que diga que o usuário poderá “postular o fornecimento de informação se evidenciar sua utilidade ou necessidade para defesa de seus interesses”.¹⁰⁰⁶

Importante ressaltar que o direito à informação, com base na doutrina consultada, aparece como etapa essencial à realização efetiva da democracia. Assim sendo, quer nos parecer que a Administração deve fornecer certas informações aos cidadãos independentemente de provocação. Ora, não se fala aqui de atividade econômica de regime de direito privado, mas sim, das atividades da Administração Pública, de modo que o cidadão deve ser posto a par de algumas informações essenciais, de interesse geral, além de ter instrumentos para acessar outras informações que teriam importância apenas em situações específicas.

Percebe-se que o direito à prestação de informações – embora decorrência expressa da letra da lei,¹⁰⁰⁷ de direitos fundamentais cristalizados constitucionalmente¹⁰⁰⁸ – não está bem delimitado, quanto à sua prestação independentemente de provocação, devendo, por tal motivo, ser cumprido sob o prisma da razoabilidade e da proporcionalidade, e com a maior amplitude e clareza possível na prestação da informação, possibilitando, de fato, a defesa dos direitos do usuário. Nesse sentido, preceitua a doutrina,¹⁰⁰⁹ novamente

¹⁰⁰⁴ HEINEN, Juliano. *Comentários à Lei de Acesso à Informação*: Lei nº 12.527/2011. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p.28.

¹⁰⁰⁵ BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessão e Permissão de Serviços Públicos*. Curitiba: Juruá, 1995, p. 50-51.

¹⁰⁰⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 562.

¹⁰⁰⁷ Além dos dispositivos já mencionados, no caso da concessão de serviço público, prevê a Lei nº 8.987/95. Art. 7º. Sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários: [...] II - receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos; [...]

¹⁰⁰⁸ CR/88. Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; [...] XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; [...]

¹⁰⁰⁹ JUSTEN FILHO, 2003, p. 565.

quanto à prestação de serviço público quando se trata do direito de participação na atividade de regulamentação, mencionando que decisões de caráter regulamentador da atividade devem ser levadas ao conhecimento de representantes dos usuários. A aprovação por estes não é necessária, mas na hipótese de negativa, a Administração Pública deve motivar a decisão levando em consideração o pleito dos usuários.

Finalmente, ressalta-se que a prestação de informações aos cidadãos em geral é vital para o cumprimento de princípios correlatos ao Estado Democrático de Direito, sendo de suma importância nesse sentido a Lei de nº 12.527/2011, pois tutela, em alguns casos, o direito anteriormente mencionado, de o cidadão receber informações, independentemente de requerimento. Para o cumprimento da mencionada prestação de informações deve haver “divulgação em local de fácil acesso”, cominando-se pena para o Poder Público ou “pessoa física ou entidade privada que detiver informações em virtude de vínculo de qualquer natureza com o poder público” quando desrespeitado o disposto na lei.¹⁰¹⁰

Nesse contexto se insere o Decreto nº 8342/2014, que institui a Política Nacional de Participação Social (PNPS). Ora, se a LAI qualifica as expressões de vontade por meio da maior completude de informações sobre o que ocorre nos meandros do Estado, aproximando-o da sociedade civil, o decreto que institui a PNPS cria mecanismos mais palpáveis de participação da sociedade, principalmente por meio de associações de pessoas, na formulação e na aplicação das políticas públicas, nunca deixando de fora as minorias.

4 O papel do decreto que institui a PNPS e a LAI na implementação da democracia participativa

Incontáveis são os dispositivos que permitem a participação do cidadão nas decisões da Administração Pública, como: art. 37, §2º, art. 198, III, art. 204, II, todos da CF. Em âmbito infraconstitucional merecem destaque os artigos 34, 42 e 45 da Lei nº 9.427/1997, fornecendo mecanismos de participação popular como no art.42, no qual se estabelece que as minutas de atos normativos serão submetidas à consulta, devendo as críticas e sugestões merecer exame e permanecer à disposição do público na Biblioteca.

Nesse contexto, a Lei de Acesso à Informação, aliada ao Decreto nº 8423/2014, ratifica a reorganização da Administração Pública, a qual não se limita apenas à observância do constitucionalismo (meramente) garantista, buscando o constitucionalismo emancipatório. Portanto, a análise sobre referidos diplomas normativos deve ser guiada pelo caminho traçado pela Constituição Federal de 1988, que presume a conduta republicana e democrática dos agentes públicos e dos cidadãos.¹⁰¹¹ Interessante ainda observar que o Decreto que institui a PNPS dá cumprimento à previsão do Art. 14, III, CF, instrumentalizando o exercício da soberania popular por meio da iniciativa popular, que costuma se dar na sua organização em associações de pessoas, e assim

¹⁰¹⁰ BRASIL. Lei nº 12.527 de 18.11.2011, Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do §3º do art. 37 e no §2º do art. 216 da Constituição Federal;[...]. D.O.U.: 18.11.2011 - Edição Extra. Cf. principalmente os artigos 8º, 32 e 33.

¹⁰¹¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin; FRANZONI, Julia Ávila. *Administração Pública e a nova Lei de Acesso à Informação*. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 15, n. 79, p. 15-40, maio/jun. 2013.

dando mais um passo no cumprimento de normas constitucionais programáticas que, embora previstas, carecem de instrumentalização para se realizar.

Inicialmente, em análise ao Decreto, se vê sua relação de complementaridade com relação à Democracia representativa (Art. 3º, II), sempre ficando claro que a opinião captada por meio da PNPS deverá ser apenas considerada (Art. 5º) na tomada de decisões, o que explicita seu caráter não vinculativo.

Importante atentar que o Decreto após estabelecer conceitos (Art. 2º), se finca em diretrizes (Art. 3º) tais quais a educação para a cidadania ativa, o controle social, a solidariedade e cooperação social, a autonomia e independência das organizações da sociedade civil e o direito à informação. De fato, o Decreto privilegia o mais amplo acesso à população, determinando o uso de linguagem simples em diversas formas de participação via internet (Art. 2º, X; Art. 4º VI; Art. 17, III).

A realização da plena democracia (o que pressupõe uma forma participativa) se dá apenas com a otimização da participação social e da comunicação entre a sociedade e o Estado, o que se analisará a seguir, buscando compreender a atuação necessária da Administração Pública e das associações com este intuito. Procura-se, em suma, a inserção política da população, impedindo a opressão do povo por uma minoria, com mecanismos pluralistas que criem um ambiente favorável para o surgimento de associações e conseqüente contestação do sistema posto.¹⁰¹²

Reconhece-se a validade das conquistas da democracia representativa, que, embora tenha levado a uma ditadura da minoria politicamente empoderada, propiciou maior inserção de minorias historicamente excluídas na esfera política e tornou os representantes mais dependentes do apoio popular e, conseqüentemente, mais responsivos aos seus representados.¹⁰¹³ A despeito dessas conquistas, percebe-se na doutrina a diferença entre o mandato imperativo, em que o representante não possui nenhuma autonomia decisória, devendo apenas exprimir a vontade do representado, com relação ao mandato político, em que, não raras ocasiões, o representante distancia-se enormemente dos interesses de seus eleitores, que possuem como único elemento de sanção as eleições seguintes, em que poderão votar em favor de outro político.¹⁰¹⁴

Por esta razão busca-se neste artigo defender a comunicação entre representantes e representados de modo a realizar a vontade da sociedade, sem negar completamente a autonomia dos representantes políticos, porém garantindo o que a doutrina classifica como núcleo normativo mínimo da representação, que se realiza com a atuação em favor do interesse do representado.¹⁰¹⁵ Haja vista que, sem este conteúdo normativo mínimo, a representação passa a se basear em mera legitimidade formal da atuação do político, desprovendo-a de compatibilidade entre tal atuação e a vontade do povo, anulando assim o próprio caráter representativo do instituto.¹⁰¹⁶

O estabelecimento de alguns pressupostos necessários ao aprofundamento da democracia se faz necessário neste ponto, para que se compreenda a importância da

¹⁰¹² DAHL, Robert A. *Poliarquia: participação e oposição*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1997, p. 45-48. Este autor chama o modelo democrático apropriado de Democracia Poliárquica ou Democracia Representativa Moderna.

¹⁰¹³ DAHL, 1997, p. 39-44.

¹⁰¹⁴ LAVALLE; HOUTZAGER; CASTELLO, 2006, p. 54-55.

¹⁰¹⁵ *Ibid.*, p. 56-58 e 66.

¹⁰¹⁶ *Ibid.*, p. 63-64.

influência das associações de pessoas no Estado. Com base na doutrina de Robert Dahl se percebe que a democracia plena envolve a participação igualitária e efetiva na expressão das opiniões dos membros; dar a todos o poder de voto, com peso igual; oportunidade a todos de conhecer amplamente as políticas a serem escolhidas e as consequências de sua implementação; a possibilidade de decidir o que será posto no planejamento e para deliberação; bem como a igualdade política, com inclusão de todos os adultos.¹⁰¹⁷ Propõe-se a aplicação da teoria nas associações pequenas que posteriormente influenciarão saudavelmente a vontade dos representantes políticos buscando concretizar os pilares do templo da democracia no nível do Estado nacional, ou seja, este estudo procurará provar que as pequenas associações democráticas, a medida que influenciam as decisões do governo, podem torná-lo também mais democrático.

Descrita de forma simplista, a concepção da participação das associações remonta o corporativismo e o sindicalismo, que, mesmo que ocorridos em momentos de pouca propensão democrática, possuíam preceitos de representação mais legítima dos anseios populares, que acabaram deturpados pelos governos em que se iniciaram, respectivamente no absolutismo e no fascismo. Conta-se, ainda, que as corporações da Idade Média tinham sua vontade consultada pelos governos locais a respeito das decisões no seu setor, em caráter amplo.¹⁰¹⁸ O que se deve reconhecer é que o Estado, forma política de organização da sociedade, deve prever, para os cidadãos, a existência e a essencialidade de outras formas de associação no meio social, assim estabelecendo uma boa convivência e inserção legal para tais associações, permitindo e favorecendo a elas a perseguição de seus objetivos.¹⁰¹⁹

Parte-se, aqui, também do pressuposto estabelecido por Robert Dahl, de que o aperfeiçoamento da democracia depende da “[...] expansividade do governo às preferências de seus cidadãos, considerados como politicamente iguais”.¹⁰²⁰ Os cidadãos devem poder então formular e expressar suas preferências aos seus concidadãos e ao governo, de quem deverão receber atenção equitativa. Neste intuito, a Administração deve organizar as instituições para que, entre outros direitos, se propicie, no que concerne às associações civis de pessoas, a liberdade de formá-las e de se aderir a elas, além de instituições que façam com que as políticas de governo “[...] dependam de eleições e de outras manifestações de preferência”.¹⁰²¹ Formar-se-ia a Poliarquia, aqui descrita como conceito que mais se aproxima de uma democracia, trazendo meios de inclusão para a participação e possibilitando a oposição dos cidadãos às decisões e lideranças políticas.¹⁰²² Neste exato sentido é brindada nossa sociedade com o Decreto que institui a Política de Participação Social.

É então proposta uma reforma da democracia como se tem atualmente, com o fim de implementar maior controle social das deliberações políticas e de sua execução, tornando-a mais responsiva¹⁰²³ e procurando progredir em direção à soberania da

¹⁰¹⁷ DAHL, Robert A. *Sobre a Democracia*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 49-50.

¹⁰¹⁸ MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 333-335.

¹⁰¹⁹ AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 41. ed. São Paulo: Globo, 2001, p. 48.

¹⁰²⁰ DAHL, 1997, p. 25.

¹⁰²¹ *Ibid.*, p. 26-27.

¹⁰²² *Ibid.*, p. 29-31.

¹⁰²³ LAVALLE, Adrián Gurza; HOUTZAGER, Peter P.; CASTELLO, Graziela. *Democracia, Pluralização da Representação e Sociedade Civil*. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, São Paulo, nº 67 – O Futuro da Representação, p. 49-95, 2006, p. 51/52.

vontade do povo, tendo a “[...] convicção normativa do valor da democracia como marco institucional para processar a mudança social”.¹⁰²⁴ Ressalva a doutrina, que o aprofundamento dos preceitos democráticos deve se dar colocando em paralelo, participação popular e princípios éticos, racionais e jurídicos, com respeito principalmente à igualdade e à liberdade, de modo a não tomar a participação social geral e extremada como legítima de *per si*.¹⁰²⁵

A participação de associações independentes no cenário democrático atual, na forma da *cidadania inclusiva*, é necessária, desejável e inevitável.¹⁰²⁶ Com esse ímpeto, e, dada a ressalva, a tendência de participação ativa da sociedade no sistema democrático vem para fundar os pilares da democracia, com base na transparência e na prestação de contas do Estado, em existência simultânea e de realização recíproca com a participação, o controle e a deliberação da sociedade na esfera política.¹⁰²⁷ A participação como aqui descrita se justifica, tanto pela Teoria Contratualista, quanto pela Teoria Histórica. A última entende o Estado como um fato social gerado pela aglomeração de pessoas, que em determinado momento necessitaram de uma organização maior, que deve realizar a vontade coletiva. Descreve, então, a partir da teoria de Edmund Burke, elemento essencial para as teorias que demandam a participação popular na administração, “[...] uma consciência psicológica, ou seja, um senso íntimo coletivo, distinto da consciência de cada indivíduo” que se forma nas comunidades.¹⁰²⁸

Expõe Habermas, que a *sociedade civil* deve ter a possibilidade de criar um canal de comunicação com o Poder Público, conceituado como *esfera pública*, na qual os *atores*, pessoas da sociedade civil dotadas de legitimidade para atuar junto à Administração, buscam a realização de direitos dos cidadãos; nas palavras do autor, é na esfera pública que se deve “[em relação aos problemas] percebê-los e identificá-los, devendo, além disso, tematizá-los, problematizá-los e dramatizá-los de modo convincente e eficaz, a ponto de serem assumidos e elaborados pelo complexo parlamentar”.¹⁰²⁹ Se vê a participação de associações na administração do Estado como uma tendência que faz parte da nova concepção da Administração Pública, sendo caracterizados como “instrumentos de administração autônoma gerencial”.¹⁰³⁰ É no sentido de criar tais instrumentos que vem a Política Nacional de Participação Social.

A esfera pública deve ser alimentada por informações de qualidade e ampla divulgação, instrumentalizadas a seu turno pela Lei de Acesso à Informação, de modo a formar opiniões de qualidade, garantindo discussões fecundas e possibilitando uma influência legítima aos atores. Tal qualidade de opiniões, que propicia a legitimidade na influência, decorre da pureza procedimental da formação das opiniões, que devem ser formadas espontaneamente, sem intervenção (manipulação) por parte do Poder

¹⁰²⁴ *Ibid.*, p. 76.

¹⁰²⁵ FERREIRA, 1975, p. 551-552.

¹⁰²⁶ DAHL, 2001, p. 112-113.

¹⁰²⁷ LAVALLE; HOUTZAGER; CASTELLO, 2006, p. 78.

¹⁰²⁸ MALUF, 1998, p.77-78.

¹⁰²⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade* II. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 91-93.

¹⁰³⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.3-5.

Público,¹⁰³¹ mas apenas na associação de pessoas, por meio da discussão dos assuntos concernentes aos direitos comuns que aquela comunidade quer ver realizados.¹⁰³² Com a liberdade de expressão consubstanciada na possibilidade de expressar, ouvir e construir uma opinião de qualidade e que possa produzir influência política, cria-se um solo fértil para a democracia, já que cidadãos calados, mal informados e desunidos propiciam as armas para a opressão estatal.¹⁰³³

Vê-se a formação de diversas influências, de diferentes níveis de qualidade, o que se materializa por diversas esferas públicas e atores. Necessário enfatizar que os atores, que por vezes formam as esferas públicas, se colocam no papel de trazer para elas os cidadãos interessados na problemática estabelecida, e que se vejam convencidos pela abordagem dada ao tema pelo ator que, diferentemente dos representantes políticos eleitos, é legitimado por autoautorização, na medida em que a disponibilidade do ator para representar o setor não costuma encontrar respaldo em eleição formal.¹⁰³⁴ As pessoas que se inserem em uma esfera pública devem levar os assuntos-tema a fecundas discussões e legitimar a ação do ator, beneficiando-se ainda da ação dele junto ao Estado.¹⁰³⁵

Essencial ver os atores como surgidos de uma disfunção imanente à democracia representativa, que gera subrepresentação de certos setores, gerando “reivindicações de representação”. Nesse contexto, os atores representam tais interesses, se alternando na função de comunicação pela esfera pública, reduzindo, assim, o prejuízo da ganância por poder gerada nas disputas eleitorais, e representando um interesse “dinâmico e criativo” – ao qual eles estão intimamente e genuinamente ligados – gerado pela contraposição de opiniões no interior da associação, sendo a representação constantemente posta a prova pelos próprios representados, como instrumento de controle e responsabilidade.¹⁰³⁶ A percepção a respeito das necessidades diversas e heterogêneas é que torna necessário buscar outras formas de representação que deem vazão a todas essas vozes em seus diversos setores e necessidades, de forma pluralista, formando uma espécie de democracia de públicos com atores que têm “[...] a função de personificar a unidade da vontade social”.¹⁰³⁷

Os atores, como representantes de associações e, portanto, de setores da sociedade, têm sua atuação legitimada, pois, em outras palavras, são uma continuação da associação, apenas expressando a vontade constituída em deliberação ativa dos membros da associação, de forma que a atuação do ator perante o Estado é vista como autoapresentação, ou seja, é forma de participação direta.¹⁰³⁸ No conceito de representação virtual de Edmund Burke é importante haver um *idem sentire*, consubstanciado pela maneira como os atores se comportam. Tendo tal compromisso e comunhão de

¹⁰³¹ Cf. MALUF, 1998, p. 335.

¹⁰³² HABERMAS, 2003, p. 94-95.

¹⁰³³ DAHL, 2001, p. 110.

¹⁰³⁴ LÜCHMANN, Ligia Helena Hahn. Associações, Participação e Representação: combinações e tensões. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, São Paulo, nº 84 – Após as Participações, p. 141-171, 2011, p.147.

¹⁰³⁵ HABERMAS, *op. cit.*, p. 96/97.

¹⁰³⁶ LÜCHMANN, 2011, p.156-159. Mencionado aqui o conceito de *accountability*.

¹⁰³⁷ LAVALLE; HOUTZAGER; CASTELLO, 2006, p. 64-65 e 68-69.

¹⁰³⁸ LAVALLE; HOUTZAGER; CASTELLO, 2006, p. 80-81.

valores, a representação dos interesses coletivos é expressa de maneira mais próxima de sua forma pura.¹⁰³⁹

Formam-se associações na sociedade civil com o propósito de afinar as necessidades das massas e fazer reverberar as questões levantadas por certos grupos, repercutindo na esfera pública e tornando-se questões de interesse geral. Tais discursos abertos e igualitários poderão adquirir continuidade e influência eficaz, e é desejoso que assim seja, já que há outras esferas públicas que possuem maior força e poder de influência, como, a título de exemplo, a criada por setores da mídia, que tem legitimidade questionável como discurso que influencia a sociedade ou que transmite as necessidades individuais e coletivas ao governo. É dever do Poder Público, com fulcro no princípio do pluralismo que guia nossa democracia e impede a exclusão de interesses marginalizados, que se valorize as diversas influências criadas pelos movimentos sociais, sem esquecer-se de que certas vezes tais interesses se manifestarão com menos força do que outros, merecendo, contudo, mais atenção, por se tratar de interesse legitimado por sua proveniência de uma associação que representa a voz popular.¹⁰⁴⁰

Assim, percebendo-se a legitimidade do discurso bem formado de uma associação, se deve adotar um governo que busque respaldo nas demandas que venham desse meio, sem porém sufocá-lo com fiscalização ou interferência excessiva, que destruiriam a expressão legítima de vontade da sociedade.¹⁰⁴¹ Neste sentido, o provisionamento de informações acuradas a esses grupos é essencial para qualificar a expressão de vontade.

Viu-se, ainda, por algumas vezes, que a mídia pode ter papel deteriorador das esferas públicas e gerar influências ilegítimas e viciadas por grupos dominantes ou pelo próprio governo.¹⁰⁴² Por outro lado, a mídia, quando cumpre seu dever, geralmente atuando de forma independente, pode ser benéfica às associações e esferas públicas, incentivando e informando amplamente a população.¹⁰⁴³ Neste diapasão, a mídia pode servir como canal de comunicação entre a sociedade e o Estado, de forma a construir uma “[...] autorrepresentação simbólica da sociedade [...]”, levando seus anseios às esferas de atuação política.¹⁰⁴⁴ Papel complementar também adotam os partidos políticos, inserindo-se no âmbito das discussões, formando opiniões e procurando levar à esfera de poder político as necessidades expressadas pelas associações.¹⁰⁴⁵

Esses movimentos sociais devem procurar garantir suas duas funções, quais sejam: a atuação defensiva e ofensiva. A atuação ofensiva se dá pela formação de discussões produtivas, por meio do fornecimento de informações, problematização de questões na sociedade e filtragem dos argumentos produzidos para promover influência no Estado. Já a atuação defensiva se dá na preservação das associações e de suas estruturas comunicativas com o Estado (esfera pública).¹⁰⁴⁶ Ressalta-se que, se por um lado as associações realizam diversas funções altamente benéficas à democracia – tais quais a representação de interesses de excluídos, a educação cívica, a informação,

¹⁰³⁹ *Ibid.*, p. 88-89.

¹⁰⁴⁰ HABERMAS, 2003, p. 106-108.

¹⁰⁴¹ *Ibid.*, p. 98-101.

¹⁰⁴² DAHL, 2001, p. 111.

¹⁰⁴³ HABERMAS, *op. cit.*, p. 109-111. DAHL, *op. cit.*, p. 111.

¹⁰⁴⁴ LAVALLE; HOUTZAGER; CASTELLO, 2006, p. 70-71.

¹⁰⁴⁵ HABERMAS, *op. cit.*, p. 111-113.

¹⁰⁴⁶ *Ibid.*, p. 103.

a fiscalização e a contestação das relações de poder, a construção de ideias nas formas democráticas,¹⁰⁴⁷ entre outras funções – por outro vê-se que, em dado momento, as associações podem se encontrar sobrecarregadas com uma gama tão variada e pesada de atividades, que se pode prejudicar a plena realização dos direitos dos usuários.¹⁰⁴⁸ A situação narrada poderia ser amenizada por parcerias com o Ministério Público e com as agências reguladoras, dentre outros, sempre resguardando a pureza da vontade expressa no interior da associação.

A realização da democracia pressupõe por certo a inclusão das associações no âmbito de política deliberativa. Neste sentido se estabelece como pressuposto a racionalização das associações num contexto de liberdade política e evitando-se o controle do Estado. Deve, então ser gerada a influência legítima, com a discussão, a deliberação e a comunicação por meio da esfera pública, podendo haver a transformação em poder político, pela iniciativa externa e influência indireta ao modo de governo.¹⁰⁴⁹ Não obstante, com relação à atuação junto ao Estado, destaca-se que deve ocorrer por meio de *agências de prestação de contas*, fazendo uso de sua autonomia e beneficiando-se do controle social da sua própria atuação. Tais agências têm semelhanças com as agências reguladoras independentes, porém, possuem função de impor a responsabilidade dos representantes, implementando a prestação de contas e dificultando a adoção de medidas opostas ao interesse do povo.

Com o mesmo intuito, porém de forma independente, devem atuar a mídia responsável e os atores da sociedade, assim criando um terreno propício para a realização da vontade popular,¹⁰⁵⁰ sempre com o uso dos instrumentos que dão sustentação ao presente artigo, quais sejam: a Lei de Acesso à Informação e o Decreto que institui a PNPS.

Há, inclusive, como tendência dos governos atuais, uma resposta às demandas de participação pública, com a busca de valorização da participação, inserindo a sociedade no âmbito de decisão e interação com a Administração, veiculando políticas como o orçamento participativo, os conselhos gestores com participação de atores da sociedade civil, além de propiciar a participação da sociedade por meio dos plebiscitos, *referendum* e iniciativa popular, com o intuito de possibilitar a sua participação na deliberação acerca das prioridades de atuação do Estado, da execução e do controle de suas atividades.¹⁰⁵¹

Tais mecanismos vêm a ser complementados com a LAI e com o Decreto da PNPS. Tais leis (instrumentos da democracia participativa) parecem ser os mais completos e eficientes para estímulo, qualificação e acesso da vontade latente na sociedade civil no Estado, viabilizando a implementação da Democracia participativa, aqui tida como aprimoramento e complemento da Democracia representativa.

Foi dito que as associações deveriam se desenvolver sem influência do Estado ou participação direta neste âmbito, o que reflete o pensamento de Habermas. Há uma corrente doutrinária que, com ponto de vista diferente, acredita ser possível inserir as associações diretamente na formulação de políticas públicas, de modo a criar uma saudável convivência entre mecanismos representativos e participativos da

¹⁰⁴⁷ DAHL, *op. cit.*, p. 112.

¹⁰⁴⁸ LÜCHMANN, 2011, p.142-144.

¹⁰⁴⁹ HABERMAS, 2003, p. 104-105.

¹⁰⁵⁰ LAVALLE; HOUTZAGER; CASTELLO, 2006, p. 73-74.

¹⁰⁵¹ LAVALLE; HOUTZAGER; CASTELLO, 2006, p. 81-85.

democracia. Preconiza-se, assim, a participação por Conselhos Gestores de Políticas Públicas, que se vê em movimento crescente, tornando-se um repertório das associações e possibilitando a interação entre atores, bem como maior influência das deliberações deles na sociedade.¹⁰⁵² O que se busca por esta via é a qualificação e a legitimação da democracia representativa por meio da sua interação com mecanismos de participação, assim dando azo ao pluralismo, à discussão e à ponderação de ideias visando uma conclusão mais adequada ao interesse geral.¹⁰⁵³

Neste âmbito de participação, dá contribuição Darcy Azambuja, que entende que a atividade das associações¹⁰⁵⁴ poderia se dar por Conselhos Técnicos que seriam consultados a respeito dos assuntos pertinentes a seu setor, dando opiniões e participando em discussões e deliberações internas a respeito dos temas, assim fornecendo opinião, que além de especializada, reflete os anseios do setor sobre o qual incidirão as medidas.¹⁰⁵⁵ Tais Conselhos seriam como que uma segunda câmara, auxiliando na atribuição de fundamentos e posterior eficácia às normas, de modo que seria extremamente aconselhável ao legislativo, possuidor da última palavra, que procurasse tomar em consideração a vontade desses representantes setoriais.¹⁰⁵⁶

A participação direta, a despeito das vantagens enunciadas, pode intensificar a situação de sobrecarga das associações.¹⁰⁵⁷ Pode, ainda, ao invés de favorecer a democracia, gerar, por meio da institucionalização da influência das associações, uma sobre-representação de setores mais abastados e organizados, que não careciam de inclusão, assim causando uma ilusão quanto à formação de canais de comunicação e inclusão social democrática.¹⁰⁵⁸ O Estado teria, então, o papel de evitar estas distorções, obstando a formação de facções e de sobre-representações e promovendo o crescimento dos valores pluralistas, igualitários e democráticos neste âmbito de formação de influência.¹⁰⁵⁹

Os representantes políticos devem ter, como imperativo para a formação de boas políticas de gestão, a oitiva da vontade pública e de suas associações, deixando-se, assim, para trás, a ideia de um Estado moralista, que se arvora em conhecedor do melhor para o povo. As necessidades e opiniões do povo devem ser extraídas diretamente do meio social, organizado nas associações, levando as demandas a programas de gestão. Tais programas podem ser formados partindo da estrutura dos entes federativos, percebendo-se as demandas municipais que repercutem no âmbito estadual e posteriormente no âmbito nacional, no qual se decidiria as diretrizes gerais a serem seguidas.¹⁰⁶⁰

Em momento algum se olvide do principal mecanismo de obtenção de direitos, ou seja, a luta, a resistência consciente e a reiteração na busca pelo direito.¹⁰⁶¹ As associações funcionam exatamente nesta seara, levando os cidadãos ao conhecimento dos direitos

¹⁰⁵² LÜCHMANN, 2011, p.144-145 e 147.

¹⁰⁵³ *Ibid.*, p.150-151 e 155.

¹⁰⁵⁴ Cf. AZAMBUJA, 2001, p. 358/362. O autor trata mais diretamente de associações profissionais e econômicas.

¹⁰⁵⁵ AZAMBUJA, 2001, p. 358-360.

¹⁰⁵⁶ AZAMBUJA, 2001, p. 361-362.

¹⁰⁵⁷ LÜCHMANN, 2011, p.145, 160 e 165.

¹⁰⁵⁸ *Ibid.*, p.150 e 160.

¹⁰⁵⁹ *Ibid.*, p.162.

¹⁰⁶⁰ NASSIF, Luiz. *A falsa dicotomia entre política e gestão*. Publicado em 05.09.2012. Disponível em: <http://www.advivo.com.br/blog/luisnassif/a-falsa-dicotomia-entre-politica-e-gestao>. Consulta em 11.09.2012.

¹⁰⁶¹ Cf. IHERING, 2009, p. 60-61.

e à busca “[...] do reconhecimento das normas democráticas”.¹⁰⁶² Assim, explica-se a possibilidade de desobediência civil baseada na interpretação da Constituição da República – vista dinamicamente, como carta de disposições a serem realizadas com progressivo preenchimento de seu conteúdo – assim mobilizando diversos setores sociais e podendo atingir a esfera do poder político.¹⁰⁶³

Esta teoria, que envolve a expressão de interesses heterogêneos e a valorização do pluralismo político, traz em si a questão de que tais interesses serão representados por diversos atores, que – em oposição aos representantes políticos, que visam representar sempre um interesse geral, amplo e vago demais para ser representado com exatidão – representam pequenos interesses excluídos, que passarão a ter representação em consonância com sua vontade, e que formam, como que no costurar de uma colcha de retalhos, a materialização do soberano interesse público.¹⁰⁶⁴ Assim, clama-se pela *republicização do Estado*, que envolve a democratização da esfera pública, pela mediação ativa de interesses e atendimento de interesses públicos difusos, a integração social, com redução das carências sociais e correta regulação econômica,¹⁰⁶⁵ atentando-se para o respectivo regime de atuação da atividade econômica.

A participação como aqui proposta é pressuposto essencial de uma democracia substancial, assim entendida como valorização do homem em sua dignidade e relação fraterna em sociedade, a existência de uma ordem constitucional harmônica, instituições guiadas pelos princípios desta ordem e, sobretudo, decisões que envolvam a sociedade, de forma a se legitimar pela sua consensualidade.¹⁰⁶⁶

5 Considerações finais

Embora a proposição do presente artigo seja de participação social e aprofundamento democrático, não se pretende trazer tais elementos como solução infalível, porém, percebe-se que sua implementação pode auxiliar na inclusão de setores da sociedade, bem como no aperfeiçoamento da realização da vontade popular e da fiscalização da ação política,¹⁰⁶⁷ promovendo a coesão social e o auxílio recíproco na forma da cooperação social. O êxito da teoria depende certamente de sua realização pelos homens, que é uma variável imprevisível da equação. Entretanto, procuramos demonstrar neste artigo não apenas que há maior propensão para a realização dos princípios democráticos por meio da teoria exposta, mas, adicionalmente, que os seres humanos envolvidos se sentiriam mais compelidos e empenhados em realizá-la.

Conclusivamente, pode-se afirmar que a captação da voz das associações, reprimida, porém portadora da vontade do povo, é a difícil tarefa da Administração

¹⁰⁶² LÜCHMANN, 2011, p.161.

¹⁰⁶³ HABERMAS, 2003, p. 114-118.

¹⁰⁶⁴ LAVALLE; HOUTZAGER; CASTELLO, 2006, p. 87. Cf. AZAMBUJA, 2001, p. 382, explicando que embora, como dito antes, o Estado deva formar a vontade do povo a partir de interesses heterogêneos, até por ser a única sociedade em que o indivíduo necessariamente se inserirá, o Estado deve ter como fim um conceito de *bem público*, no sentido de que a *soma* dos interesses elegidos como legítimos deve *resultar* nesse conceito.

¹⁰⁶⁵ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Regulação Estatal e Interesses Públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 174-178.

¹⁰⁶⁶ MALUF, 1998, p. 281-284.

¹⁰⁶⁷ LAVALLE; HOUTZAGER; CASTELLO, 2006, p. 93-94.

Pública, que, contudo, não se poderá legitimar sem que se ouça esse brado que é por vezes abafado por vozes ilegítimas. Assim, o Poder Público deve perceber as diferenças na incidência de direitos em cada setor da sociedade, buscando promover a integração social, que se dá pela realização dos direitos fundamentais.¹⁰⁶⁸ Desta forma, a Administração Pública daria vazão a uma ampla gama de direitos capitais da concepção de Estado que ora se preconiza sob o prisma da dignidade da pessoa humana, fazendo jorrar da fonte da democracia, o pluralismo, a formação de uma sociedade fraterna, de associações que têm sua vontade conciliada pelo Estado, progredindo em direção à soberania da vontade do povo para conferir verdade às proposições do contrato social e legitimidade à atuação do Estado.

O tema aqui discutido passa inicialmente pela necessidade de se instrumentalizar os direitos constitucionalmente previstos, mas também, adiciona-se, na necessidade de que se aparelhe o Estado com estrutura suficiente para dar cumprimento aos instrumentos legais criados. Seguindo os preceitos aqui estabelecidos, as Leis analisadas estreitam o espaço entre sociedade e Estado, facilitando a fiscalização e o controle do agir estatal, bem como qualificando a expressão de vontade do cidadão através da informação (LAI), que virá a ser mais bem recebida pela estrutura prevista pelo Decreto que institui a PNPS. Cria-se, portanto, estruturas aptas a aprofundar a democracia e a responsividade dos representantes políticos, bem como a legitimidade do governo e das políticas públicas.

Desse modo, demonstrou-se, em síntese, que o avanço do Brasil no aperfeiçoamento da gestão pública não se restringe à mera criação de leis, mas sim, à real aplicabilidade das normas. Sendo assim, torna-se evidente que a efetividade da LAI se fortalece com a presença de instrumentos de participação cidadã, como o Decreto nº 8423/2014, que permitem a discussão de políticas públicas a serem implementadas, bem como a fiscalização de sua execução, isto é, que a interação entre as proposições de ambas as leis poderiam estimular a participação social, dando amplo cumprimento, não só às leis em si mesmas, mas aos princípios constitucionais da soberania popular e da transparência do Estado, por elas defendidos.¹⁰⁶⁹

Referências

- ABDALA, Jamilyton. NASCIMENTO, Makvel Reis. *Lei de Acesso à Informação: um instrumento de controle social da administração pública*. Disponível em: <http://www.amog.org.br/amogarquivos/TCCPOS-TURMA-2012/Jamilyton-Abdala.pdf>. Acesso em: 04 Ago. 2014.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 41. ed. São Paulo: Globo, 2001.
- BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessão e Permissão de Serviços Públicos*. Curitiba: Juruá, 1995.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p.86-87.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin; FRANZONI, Julia Ávila. *Administração Pública e a nova Lei de Acesso à*

¹⁰⁶⁸ HABERMAS, 2003, p. 119-121

¹⁰⁶⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Juridicidade, pluralidade normativa, democracia e controle social. In: ÁVILA (Org.). *Fundamentos do Estado de Direito: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005. p.109.

Informação. *Interesse Público* — IP, Belo Horizonte, ano 15, n. 79, p. 15-40, maio/jun. 2013.

DAHL, Robert A. *Poliarquia: participação e oposição*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1997, p. 45/48.

DAHL, Robert A. *Sobre a Democracia*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 49/50.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

Escola Virtual da CGU. *Rumo a uma cultura de acesso a informação*. Módulo I. Disponível em: http://www.tc.gov.br/corte_interamericana/seriec_151_esp.pdf. Acesso em: 08/08/2014.

FERREIRA, Luís Pinto. *Teoria Geral do Estado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 966-968.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade II*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 91-93.

HEINEN, Juliano. *Comentários à Lei de Acesso a Informação: Lei nº 12.527/2011*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p.13.

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

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. Ver. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 101.

LAVALLE, Adrián Gurza; HOUTZAGER, Peter P.; CASTELLO, Graziela. Democracia, Pluralização da Representação e Sociedade Civil. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 67 – O Futuro da Representação, p. 49-95, 2006, p. 51/52.

MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Regulação Estatal e Interesses Públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MIRAGEM, Bruno. *A nova Administração Pública e o direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 55-56.

MOTA JUNIOR, Joao Francisco da. A Lei de Acesso à Informação (LAI) e a cultura da transparência. *Boletim de Direito Administrativo, BDA São Paulo*, v. 28, n. 9, p.1046-1051.

NASSIF, Luiz. *A falsa dicotomia entre política e gestão*. Publicado em 05.09.2012. Disponível em: <http://www.advivo.com.br/blog/luisnassif/a-falsa-dicotomia-entre-politica-e-gestao>. Consulta em 11.09.2012.

Presidente de la República sanciona la Ley de Transparencia y Acceso a La Información Pública. Disponível em: <http://www.mintic.gov.co/portal/604/w3-article-5402.html>. Acesso em: 08 Ago. 2014.

SILVEIRA, Marco Antonio Karam. Lei de acesso à informação pública (Lei nº 12.527/2011): Democracia, república e transparência no Estado Constitucional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 102, n. 927, p. 131-155, jan. 2013.

What is FOIA? Disponível em: <http://www.foia.gov/about.html>. Acesso em: 08 Ago. 2014.

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

KLEIN, Érico Prado; CASTELLA, Gabriel Morettini. Relações entre a Lei de Acesso à Informação e o decreto que institui a Política Nacional de Participação Social: a implementação da democracia participativa. In: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). *Problemas emergentes da Administração Pública*. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. *Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 383-400.

A VIOLAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ENQUANTO CONCAUSA ENSEJADORA DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO

LETÍCIA CAMARGO KREUZ
TAMIRA ALMEIDA MARTINS

1 Introdução

O impulso para a pesquisa do tema e a elaboração dos trabalhos a ele vinculados nasceu, talvez, da pretensão de evidenciar a necessidade de reconstrução de um fértil diálogo entre o direito e a gestão do Estado, como meio de efetivação da cidadania. A transformação do *administrado* em *cidadão* é a grande pauta atual, a ser tomada como central em um urgente debate acerca da conformação do aparelho estatal às novas demandas da sociedade. Em um momento de forte e constante busca por democratização da gestão da coisa pública, a construção de um instrumento rico em consequências como o é o direito fundamental à boa administração pública merece estudos aprofundados e atentos.

Nesse ínterim, o presente estudo discorre acerca da compreensão do direito fundamental à boa administração pública, abordando sua existência e estruturação no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de apontar os deveres que lhe são correlatos, impostos à Administração em sua atuação perante o cidadão.

Busca-se, ao fim, ponderar sobre a natureza objetiva da responsabilidade civil decorrente das condutas estatais omissivas violadoras do direito fundamental à boa administração pública, configurando esta enquanto uma concausa ensejadora da responsabilidade estatal.

2 O direito fundamental à boa administração pública e sua conformação no ordenamento jurídico brasileiro

A Carta de Nice, dos Direitos Fundamentais da União Europeia, reconhecida pelo Tratado de Lisboa como portadora do mesmo valor jurídico dado aos tratados

de constituição e estruturação do Bloco,¹⁰⁷⁰ consagra, em seu artigo 41,¹⁰⁷¹ em meio aos direitos e garantias fundamentais de cidadania do indivíduo, o direito fundamental à boa administração pública. Desenvolvido na seara do Direito Comunitário europeu, na forma de princípio, adquiriu, com a Carta de Nice, novo viés, que lhe conferiu a forma de direito fundamental dos cidadãos,¹⁰⁷² dotado de “uma dimensão subjetiva passível de exigibilidade”.¹⁰⁷³

É direito, como apontado por Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, que descansa sobre a construção de que, na democracia, as instituições políticas são de titularidade cidadã, domínio popular¹⁰⁷⁴ – materializa a intenção de suplantar a noção de estrutura administrativa autorreferenciada, “y poner el énfasis en la voluntad de situar a la persona en el centro de la preocupación de las normas que ordenan la actividad administrativa”.¹⁰⁷⁵ Nesse sentido, é direito fundamental da pessoa, que, “en cuanto tal, requiere que lo público esté atendido de forma e manera que le permita realizarse, em su dimensión de libertad solidaria, como persona humana desde diferentes dimensiones”.¹⁰⁷⁶

No Brasil, não eram ignoradas as elaborações relacionadas à noção da existência de um *dever* de boa administração. De ordem objetiva, caminhava como “um imperativo de adequação entre a conduta administrativa e a principiologia aplicável a essa função”.¹⁰⁷⁷ O aprimoramento das discussões a respeito do papel assumido pela atividade administrativa na garantia de efetivação dos direitos fundamentais conduziu ao refinamento da noção de boa administração, conduzindo ao reconhecimento, no país,

¹⁰⁷⁰ “Art. 6º, 1. A União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de Dezembro de 2000, com as adaptações que lhe foram introduzidas em 12 de Dezembro de 2007, em Estrasburgo, e que tem o mesmo valor jurídico que os Tratados.” Texto disponível em: http://www.parlamento.pt/europa/Documents/Tratado_Versao_Consolidada.pdf. Acesso em 27 de agosto de 2014.

¹⁰⁷¹ “Artigo 41º - Direito a uma boa administração, 1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável. 2. Este direito compreende, nomeadamente: - o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afete desfavoravelmente; - o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial; - a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões. 3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da Comunidade, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros. 4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas oficiais dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua”. Texto disponível em http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em 27/ago/2014.

¹⁰⁷² FUENTETAJA PASTOR, Jesús Angel. El derecho a la buena administración en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n. 15, Madrid, Colex, p. 137-153, jun/dez. 2008. p. 137. Texto disponível em <http://e-spacio.uned.es/revistasuned/index.php/REDUE/article/view/12534/11735>. Acesso em 27 de agosto de 2014.

¹⁰⁷³ HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais*: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014, 614 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado). Setor de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-graduação em Direito. Universidade Federal do Paraná, p. 264.

¹⁰⁷⁴ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Sobre el derecho fundamental a la buena administración y la posición jurídica del ciudadano. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, n. 47, Belo Horizonte, Fórum, p. 13-50, jan./mar. 2012, p. 30.

¹⁰⁷⁵ RUOCCO, Graciela. La “buena administración” y el “interés general”. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, n. 49, Belo Horizonte, Fórum, p. 27-45, jul./set. 2012. p. 32/33.

¹⁰⁷⁶ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *Sobre el derecho fundamental a la buena administración y la posición jurídica del ciudadano*, p. 30.

¹⁰⁷⁷ VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Direito Fundamental à Boa Administração e Governança*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 78.

da existência do *direito fundamental* à boa administração pública, embutido na Carta Constitucional de 1988.¹⁰⁷⁸

3 A estruturação do direito fundamental à boa administração no direito brasileiro

Nesse contexto, em trabalho publicado em 2007, Juarez de Freitas assegurou a introdução definitiva do instituto no direito brasileiro. Assim, o direito fundamental à boa administração pública desenhou-se, nas mãos do insigne autor, como norma de eficácia direta e imediata, implícita no ordenamento constitucional nacional,¹⁰⁷⁹ na forma de direito “à administração pública eficiente e eficaz”,¹⁰⁸⁰ que se faz atenta ao cumprimento dos deveres que lhe são afetos, “com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas”.¹⁰⁸¹ Ao direito fundamental à boa administração pública tracejado, corresponde “o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem”.¹⁰⁸²

Em que pese não estar expressamente previsto, de maneira específica, no texto constitucional, seu reconhecimento como parte integrante do catálogo de direitos fundamentais é plenamente possível, em vista da previsão do artigo 5º, §2º da Constituição Federal, que confere caráter aberto ao rol delineado constitucionalmente.¹⁰⁸³ É, ainda, decorrência direta dos fundamentos da República Federativa do Brasil, previstos no artigo 1º da Carta Constitucional, como a cidadania e a dignidade da pessoa humana (incisos II e III), relacionando-se, também, aos objetivos fundamentais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e de promoção do bem de todos (artigo 3º, incisos I e IV), e aos princípios constitucionais da administração pública, expressos no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, como aponta Daniel W. Hachem.¹⁰⁸⁴ No mesmo caminho, Ingo Wolfgang Sarlet.¹⁰⁸⁵

Não é demais apontar que o conteúdo e as bases jurídicas de um direito fundamental à administração pública são diretamente condicionados às características do sistema jurídico normativo em que se inserem e do momento histórico em que suas delimitações são forçadas. Ademais, não se pode deixar de considerar o fato de que o valor da *boa administração*, por dinâmico e interdisciplinar, não pode – nem, tampouco, deve – ser apropriado como conceito estanque, em um processo de juridicização que se pretenda cristalizador.¹⁰⁸⁶

¹⁰⁷⁸ *Ibidem*, p. 79.

¹⁰⁷⁹ FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 9.

¹⁰⁸⁰ *Ibidem*, p. 22.

¹⁰⁸¹ *Idem*.

¹⁰⁸² *Idem*.

¹⁰⁸³ HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais*: por uma implementação espontânea, integral e igualitária, p. 271.

¹⁰⁸⁴ *Idem*.

¹⁰⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Administração Pública e os direitos fundamentais*. Aula proferida na Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (transcrição). Disponível em: http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/ingowolfgangсарlet.pdf. Acesso em 27 de agosto de 2014, p.1.

¹⁰⁸⁶ VALLE, Vanice Regina Lirio do. *Op. Cit.*, p. 99.

Não cabe à ciência jurídica, sozinha, ambicionar definir os significados do conceito. O diálogo com as demais áreas de conhecimento envolvidas no desenvolvimento e na concretização da *boa administração* é elementar para que seja possível sua efetiva incorporação à prática administrativa. Vanice Lírio do Valle aponta a fluidez do tema, ressaltando, inclusive, a relação direta entre a boa administração e a *governança*.¹⁰⁸⁷

Dono de contornos próprios, o direito fundamental à boa administração pública construído no interior do ordenamento pátrio não se confunde com aquele delineado na Carta de Nice.¹⁰⁸⁸ Abriga em seu corpo um conjunto de direitos, dentre os quais figura, sem exclusão de inúmeros outros, o direito a uma administração transparente, imparcial e proba, além de preventiva, precavida, eficiente, eficaz e receptiva à participação social. Dele decorrem, ainda, como exemplo, o direito à ampla defesa, ao contraditório, à motivação das decisões, desenhando uma garantia ao devido processo perante a Administração.¹⁰⁸⁹

Aponte-se que o reconhecimento do direito fundamental à boa administração pública como um direito fundamental autônomo impõe-se, mesmo diante de eventual arguição de que os direitos albergados em suas fronteiras já possuem previsão explícita na ordem jurídica nacional.¹⁰⁹⁰ A estruturação de um direito fundamental à boa administração pública, que abarque em seu núcleo, o conjunto de direitos condizentes, conduz à *jusfundamentalização*¹⁰⁹¹ do regime a eles aplicável, com as decorrências que, daí, advêm. Vanice Lírio do Valle aponta como consequência direta da atribuição, ao direito, da qualificação de *fundamental*, o caráter vinculativo imediato sobre os poderes públicos: “o caráter fundamental do direito à boa administração prescinde de interposição legislativa para sua imediata influência sobre o modo de condução da ação estatal”.¹⁰⁹²

Nessa toada, assevera Valle que a constitucionalização do direito fundamental à administração pública “implica emancipar a ideia da esfera de relação com a eficácia da ação estatal, para proclamá-lo como princípio reconhecido em função dos direitos dos cidadãos”. Dessa forma, a configuração autônoma de referido direito tornaria diretamente exigíveis, por exemplo, os princípios constitucionais da administração pública.¹⁰⁹³

É dizer: “de meros deveres da administração nas suas relações com a comunidade em geral, ‘acionáveis’ só pelo parlamento que a representa”, os princípios que regem a atividade administrativa, uma vez incorporados ao plexo de direitos abarcados no conceito ora discutido, transformam-se em “verdadeira e própria obrigação”, exigível por todo cidadão, singularmente, por ser titular do direito fundamental à boa administração pública.¹⁰⁹⁴ O direito à boa administração pública, os direitos nele abrangidos e os deveres

¹⁰⁸⁷ VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Op. Cit.*

¹⁰⁸⁸ HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais*: por uma implementação espontânea, integral e igualitária, p. 271.

¹⁰⁸⁹ FREITAS, Juarez. *Op. Cit.*, p. 22-23.

¹⁰⁹⁰ HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais*: por uma implementação espontânea, integral e igualitária, p. 272.

¹⁰⁹¹ VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Op. Cit.*, p. 75.

¹⁰⁹² *Idem.*

¹⁰⁹³ HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais*: por uma implementação espontânea, integral e igualitária, p. 274.

¹⁰⁹⁴ CASESSE, Sabino. *Il Diritto alla Buona Amministrazione*. Relazione alla “Giornata sul diritto alla buona amministrazione” per il 25º anniversario della legge sul “Sindac de Greuges” della Catalogna. Barcelona, 27 de março de 2009 (transcrição). Disponível em <http://www.irpa.eu/wp-content/uploads/2011/05/Diritto-alla-buona-amministrazione-barcellona-27-marzo.pdf>. Acesso em 31 de agosto de 2014.

que dele decorrem não se confundem, assim, com os seus correlatos eventualmente já explicitados diretamente no texto da Carta Magna ou positivados em algum ponto do ordenamento jurídico infraconstitucional. Diferenciam-se destes: ganham nova roupagem.

3.1 Os deveres correlatos ao direito fundamental à boa administração pública

O direito fundamental à boa administração pública, da forma como estruturado, relaciona-se diretamente à conformação da ação estatal, como se deduz, configurando um direito “sobre os meios adequados de atuação administrativa”.¹⁰⁹⁵ É instituto imprescindível, face à consideração de que a administração assume, no Estado Democrático de Direito, o papel de instrumento de proteção, promoção e efetivação de direitos fundamentais.

Correlata a esse direito, a fim de garantir a adequação da ação administrativa, nasce, ao aparelho estatal, uma plêiade de deveres. Em decorrência do reconhecimento de um direito fundamental à boa administração pública, surge “el correlativo deber de las administraciones publicas de actuar en consecuencia, encarando una gestión y dirección al servicio del bienestar general”.¹⁰⁹⁶

Não há, neste, a pretensão de enumerar todos os possíveis deveres correlatos ao direito fundamental ora discutido. Aqui, é pertinente apenas que se perceba que, à boa administração pública se relacionam, necessariamente, deveres de observância obrigatória pelo aparelho estatal, que possibilitam a conformação da atuação administrativa à função que lhe é inerente, enquanto meio garantidor da concretização dos direitos fundamentais.

Ora, se se considera que “uma boa administração só pode ser uma administração que promova a dignidade da pessoa e os direitos fundamentais que lhe são inerentes”,¹⁰⁹⁷ cumprindo o papel que lhe foi prontamente designado no modelo de Estado brasileiro constitucionalmente estruturado, é necessário reconhecer-lhe o *dever* de, para tanto, “ser uma administração pautada pela probidade, moralidade, impessoalidade, eficiência e proporcionalidade”.¹⁰⁹⁸

Por pertinente, repita-se, com Juarez Freitas: ao direito fundamental à boa administração pública corresponde, ainda, “o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem”.¹⁰⁹⁹ Não é demais apontar que “a boa administração é um conceito que deve projetar-se sobre os encarregados, sobre os gestores”.¹¹⁰⁰ Reconhecer o direito à boa administração pública impõe reconhecer o dever de bom governo.

¹⁰⁹⁵ BITENCOURT NETO, Eurico. Há um direito fundamental à boa administração pública? In: FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros; GODINHO, Helena Telino Neves (Coords.). *Direito Constitucional em homenagem a Jorge Miranda*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 154.

¹⁰⁹⁶ RUOCCO, Graciela. *Op. Cit.*, p. 37.

¹⁰⁹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 1-2

¹⁰⁹⁸ *Ibidem*, p. 2.

¹⁰⁹⁹ FREITAS, Juarez. *Op. Cit.*, p. 22.

¹¹⁰⁰ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *Direito fundamental à boa Administração Pública*, p. 14.

4 As violações ao direito fundamental à boa administração pública consequentes de omissões estatais

Ao direito fundamental à boa administração pública, como acima aduzido, correspondem deveres incidentes sobre o Estado e atinentes à conduta administrativa e à sua conformação aos ditames do bom governo. A primeira grande incursão a respeito do tema, no país, já deu sinais claros nesse sentido, ao afirmar que, ao direito fundamental à boa administração pública, relaciona-se “o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem”.¹¹⁰¹

Nesse sentido, Durán Martínez, que, ao analisar o direito fundamental ora em comento, correlaciona-o a um dever, conexo ao princípio da eficiência, e derivado “directamente del carácter servicial de la Administración. La Administración está para servir y para servir bien. Si no sirve bien, no tiene sentido”.¹¹⁰² É dizer: “si es ineficaz porque no logra los fines debidos o los logra con un costo desproporcionado o inmotivadamente elevado, deviene ilegítima”.¹¹⁰³ Assim caminha, também, Bandeira de Mello, observando o *princípio da boa administração*, com Guido Falzone,¹¹⁰⁴ sob a perspectiva de *dever*.¹¹⁰⁵

Aos deveres decorrentes do direito fundamental à boa administração pública deve-se conferir conteúdo amplo, “compreensivo – correlativamente – de todas las manifestaciones del derecho a la buena administración que referimos”.¹¹⁰⁶

Esclareça-se, com Graciela Ruocco: ao considerar que a cada pretensão ou direito em sentido estrito corresponde um correlativo dever, a autora aponta que em decorrência do reconhecimento de um direito fundamental à boa administração pública, surge “el correlativo deber de las administraciones publicas de actuar en consecuencia, encarando una gestión y dirección al servicio del bienestar general”.¹¹⁰⁷ Este dever correlato diz-se o dever de bom governo, diretamente relacionado a um conjunto de deveres imputáveis ao Estado, também decorrentes do reconhecimento, ao cidadão, do direito fundamental a uma boa administração pública.

Já foram ultrapassados, neste estudo, os questionamentos que poderiam surgir acerca da utilidade do reconhecimento de um direito autônomo à boa administração pública. O reconhecimento de deveres correlatos ao direito fundamental em comento, autônomos com relação a seus correspondentes eventualmente referidos de forma expressa no texto constitucional poderia suscitar a mesma ordem de dúvidas. Reafirme-se, assim, que o reconhecimento da boa administração pública como pretensão fundamental independente, com os direitos que abarca e os deveres a ela correlatos, cumpre, primeiramente, a função simbólica de trasladar o foco de análise das relações administrativas da Administração para o *cidadão*,¹¹⁰⁸ como centro da atuação estatal. Com o reconhecimento

¹¹⁰¹ FREITAS, Juez. *Op. Cit.*, p. 22.

¹¹⁰² DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Principio de eficacia y Estado Subsidiario. In: DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Estudios de derecho público*. Montevideo: Ed. por el autor, 2008. t. II, p. 14.

¹¹⁰³ *Ibidem*.

¹¹⁰⁴ O autor trata o tema em *Il Dove di Buona Amministrazione*, Milão, Giuffrè, 1953.

¹¹⁰⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheirós, 2014, p. 125/126.

¹¹⁰⁶ RUOCCO, Graciela. *Op. Cit.*, p. 37.

¹¹⁰⁷ *Idem*.

¹¹⁰⁸ HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais*: por uma implementação espontânea, integral e igualitária, p. 272.

e a *jusfundamentalização* do direito à boa administração, ainda eleva-se ao *status* constitucional os direitos abarcados em seu conteúdo e os deveres a ele correlatos, que não explicitamente expressos na Carta Magna.¹¹⁰⁹ Uma terceira decorrência da autonomia do direito fundamental em comento, de seus direitos relacionados e deveres correlatos, é aquela considerada, para este estudo, a mais relevante: a configuração autônoma de referido direito conferiria nova dimensão de exigibilidade – subjetiva – aos direitos e deveres a ele conexos, tornando-os diretamente exigíveis.

Repise-se: não há, neste tratadinho, a pretensão de enumerar todos os possíveis deveres correlatos ao direito fundamental ora discutido. Aqui, pertinente, apenas, que se perceba que, à boa administração pública se relacionam, necessariamente, deveres de observância obrigatória pelo aparelho estatal, que possibilitam a conformação da atuação administrativa à função que lhe é inerente, enquanto meio garantidor da concretização dos direitos fundamentais.

A não observância dos deveres estatais correlatos ao direito fundamental à boa administração pode ocorrer em múltiplas situações. Interessa, aqui, considerar os casos em que a afronta decorre de omissão administrativa.

A atuação insuficiente da administração pública pode gerar e gerar-se da não ação. Viola os deveres correlatos ao direito fundamental à boa administração pública e, de consequência, o próprio direito fundamental referido, o comportamento administrativo que seja *omisso* “por descumprir um dever de agir estatuído para a Administração Pública”.¹¹¹⁰ A omissão administrativa configura afronta ao próprio direito fundamental à boa administração pública.

Importa perceber que, como esperado, a inobservância dos deveres referidos, com violação ao direito fundamental à boa administração, ocasiona consequências jurídicas,¹¹¹¹ dentre as quais, destaca-se, para os fins aqui pretendidos, ao lado da responsabilização pessoal dos agentes públicos eventualmente responsáveis pelo descumprimento do controle interno e/ou externo do ato praticado em desconformidade com o direito discutido, o fato de que eventuais prejuízos sofridos por terceiros em decorrência da atuação estatal insuficiente implicará o dever de reparação do dano (se presentes seus pressupostos), havendo responsabilidade civil do Estado por sua atuação desconforme.¹¹¹²

5 Responsabilidade civil do Estado em sentido amplo e em decorrência de condutas omissivas

Faz-se necessário um modelo de Administração que se sujeite ao direito para que seja possível submetê-la às consequências de seus atos e omissões eventualmente danosos a outros sujeitos – logo, é no contexto do Estado de Direito que a responsabilidade civil do Estado firma suas bases. “No Estado de Direito, a Administração Pública assujeita-se

¹¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 273.

¹¹¹⁰ GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado, *faute du service* e o princípio constitucional da eficiência administrativa. In: GUERRA, Alexandre; Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coord.). *Responsabilidade Civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 247.

¹¹¹¹ *Ibidem*, p. 258.

¹¹¹² *Idem*.

a múltiplos controles, no afã de impedir que se desgarre de seus objetivos, que desatenda as balizas legais e ofenda interesses públicos ou dos particulares. Assim, são concebidos diversos mecanismos para mantê-la dentro das trilhas a que está assujeitada”.¹¹¹³

É em função do at. 1º da Constituição da República que essa submissão estatal ao direito ocorre, uma vez que o constituinte institui o Estado brasileiro enquanto um Estado *de Direito*, estando assim autossubmetido ao direito nele instituído.

Há, na doutrina nacional, autores que insistem na ideia de que o instituto da responsabilidade civil do Estado estaria relacionado à responsabilidade preconizada pelo direito civil, tal como Renan Miguel Saad. Ele critica os que entendem ser de direito público a responsabilidade civil do Estado, afirmando que a parte da doutrina que assim entende o faz pelo fato de a responsabilidade ser objetiva. Para Saad, apesar das características envolvendo a responsabilidade estatal, ela seguiria sendo tutelada pelo direito civil em função da noção de constitucionalização do direito, tanto civil, quanto administrativo, uma vez que o fenômeno em questão, observado nas mais diversas áreas, traria consigo a possibilidade de aplicação imediata da norma constitucional nas relações de direito privado. Menciona o autor que, nesse contexto, o direito civil passa a se voltar mais aos direitos de caráter coletivo, não apenas às demandas de caráter individual, o que permitiria compreender a responsabilidade extracontratual do Estado como uma obrigação de direito civil.¹¹¹⁴

Nas palavras de Saad, “a Constituição Federal, em seu artigo 170 e incisos, dá mostra dessa nova estrutura do direito civil, ao mitigar conceitos absolutos de direito privado com o interesse social do direito público”.¹¹¹⁵ Entende que, uma vez objetiva a responsabilidade, mantêm-se as exceções que contemplam hipóteses de responsabilização subjetiva, constantes então da lei.

Deve-se considerar, inobstante o estimável valor da obra do mencionado professor, que, uma vez que envolve o Poder Público em um dos polos da relação e em situação de desequilíbrio em relação ao terceiro, a responsabilidade civil do Estado é um instituto de direito público, não apenas por ser de caráter objetivo. Como leciona Celso Antônio Bandeira de Mello, “a responsabilidade do Estado governa-se por princípios próprios, compatíveis com a peculiaridade de sua posição jurídica e, por isso mesmo, é mais extensa que a responsabilidade que pode calhar às pessoas privadas”.¹¹¹⁶

Assim, não há que se invocar os art. 186 e 927 do Código Civil para tratar da matéria. Mesmo porque há regramento próprio voltado à responsabilização do Estado no texto da Carta Constitucional, ao referir-se ao dever de indenizar. Celso Antônio Bandeira de Mello assevera que “a responsabilidade do Estado, desde o advento do Estado de Direito, sob o ponto de vista lógico poderia independer de regra expressa para firmar-se, bem como dispensar o apelo a normas de Direito Privado para lhe servirem de socorro”,¹¹¹⁷ ressaltando a “independência” da matéria em relação ao direito civil.

Não consiste apenas em pecúnia a possibilidade de responsabilização, uma vez que quando uma conduta vem solucionar a situação desigual e desfavorável a que foi

¹¹¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. Cit.*, p. 951.

¹¹¹⁴ SAAD, Renan Miguel. *O Ato Ilícito e a Responsabilidade Civil do Estado*. Doutrina e jurisprudência, p. 13.

¹¹¹⁵ *Ibidem*, p. 17.

¹¹¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 1013.

¹¹¹⁷ *Ibidem*, p. 1015.

submetido o sujeito que se encontre na posição de demanda o Estado civilmente, então o ideal é que a conduta seja realizada.

É necessário ressaltar que a noção de responsabilidade decorre do conceito de isonomia, uma vez que não é razoável que alguns suportem danos diferentes, superiores aos suportados por outros. As atividades desempenhadas em favor da coletividade devem ter suas consequências igualmente suportadas por todos – ou por ninguém, mas não se permite que recaia sobre um ou poucos indivíduos. É o desequilíbrio que autoriza o sujeito a demandar que o Estado repare seus danos.¹¹¹⁸

Historicamente, nem sempre houve a possibilidade de responsabilização do Estado por suas condutas. A discussão em questão foi desenvolvida a partir da própria concepção de Estado que se tinha, para passar da teoria da irresponsabilidade à noção civilista, e para, por fim, alcançar a construção que há hoje, pautada pelo direito público e centrada no nexo de causalidade e não na culpa.

Inicialmente, a regra era a irresponsabilidade do Estado por prejuízos causados por seus atos, uma vez que se considerava que a soberania estatal impediria tais demandas: a figura estatal soberana impunha-se a todos os demais sujeitos. A própria noção de soberania era tomada pela ideia de que o Estado não poderia fazer mal aos seus súditos. No entanto, não se tratava de uma total falta de proteção do administrado, pois havia as possibilidades expressamente definidas em lei e as hipóteses de danos resultantes da gestão do domínio privado do Estado e de danos gerados por coletividades públicas. Para os funcionários do Estado tampouco pautava a irresponsabilidade, podendo ser demandados por danos causados diretamente por condutas pessoais suas.¹¹¹⁹

Destaca-se que o momento histórico era de Estados absolutistas, sendo a razão da irresponsabilidade – o rei não faria mal aos súditos. Quando o ato do agente fosse correto, era considerado um ato do Estado; quando lesivo, era meramente um ato do particular, cabendo a demanda apenas contra o sujeito causador do dano.¹¹²⁰

Foi com o *arresto* (caso) Blanco, julgado pelo Tribunal de conflitos francês em 1873, que a responsabilidade extracontratual passou a ser reconhecida enquanto “um princípio aplicável mesmo à falta de lei”. Inicialmente, era subjetiva a noção de responsabilidade, exigindo a comprovação de culpa estatal no desempenho da conduta.¹¹²¹

Passa então a haver a responsabilidade com culpa, considerando-se que o Estado seria um sujeito de direitos e que, dessa forma, poderia ser patrimonialmente responsável por prejuízos causados aos particulares em razão de seus atos de gestão, mas não em razão dos atos de império. Com o passar do tempo, mesmo essa distinção veio a se enfraquecer, passando a abarcar uma noção de responsabilidade mais ampla, tendo a culpa assumido posição nuclear em relação ao instituto. A culpa do agente impunha o dever à indenização, instituto inspirado no direito civil na teorização. Os pressupostos para a caracterização da responsabilidade extracontratual seriam a ação ou a omissão, a culpa do agente, a lesão a um direito de um sujeito e o nexo de causalidade.¹¹²²

Essa noção passou a ser insuficiente. A construção teórica fez surgir então a teoria da falta do serviço (*faute du service*), de construção francesa, que significa que o serviço

¹¹¹⁸ SAAD, Renan Miguel. *Op. cit.*, p. 55.

¹¹¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 1017-1018.

¹¹²⁰ FACHIN, Zulmar. *Responsabilidade patrimonial do Estado por ato jurisdicional*, p. 73-75.

¹¹²¹ *Ibidem*, p. 1018-1019.

¹¹²² *Ibidem*, p. 79-81.

prestado pelo ente estatal não foi prestado adequadamente. Não significa dizer que não existiu serviço, mas sim, que ele não foi plena ou perfeitamente prestado, seja por insuficiência, ausência ou atraso na prestação.

Advém na sequência, pautada na existência de nexos causal entre o dano e a conduta, a teoria do risco, cuja característica principal é a desnecessidade de comprovação de culpa do agente. Nessa toada, há defensores da teoria do risco integral, pela qual toda atividade estatal danosa, desde que presente nexos causal, seria responsabilizável. Não seriam levadas em conta as excludentes, de forma muito ampla e irrestrita.¹¹²³

Parece mais adequada para o atual momento histórico e legislativo brasileiro, no entanto, a percepção denominada teoria do risco administrativo, segundo a qual é objetiva a responsabilidade do Estado – vale dizer, prescinde da comprovação de culpa –, sendo os requisitos para sua configuração o ato lesivo, o dano e o nexos causal existente entre eles. “Por essa teoria, o dever ressarcitório repousa na necessidade de todos arcarem com os ônus decorrentes do evento danoso, de modo que deve haver solidariedade diante das atividades da Administração”.¹¹²⁴

A diferença entre a teoria do risco integral e a teoria do risco administrativo consiste nas excludentes, aceitas apenas na segunda hipótese. Celso Antônio Bandeira de Mello considera que tais possibilidades deixam de configurar a hipótese de ato, dano e nexos de causalidade. Nessa medida, por exemplo, o autor defende que a culpa da vítima não seria, por si só, uma excludente da responsabilidade do Estado, mas que será relevante ao caso quando, através dela, observe-se a inexistência do comportamento do Estado que teria supostamente produzido o dano. Quando importe em uma “concausa” (atos que concorrem para o resultado danoso, sendo que parte é produzida pela vítima e parte pela Administração), não será excludente – consiste sim em atenuante, mas não afasta por completo a responsabilização.¹¹²⁵

Da mesma forma deve ser compreendida a excludente da culpa de terceiro. Excluirá a responsabilidade caso haja culpa exclusiva de outro sujeito, não sendo possível tal exclusão em sendo observada a concorrência de ações do terceiro e do Estado para a obtenção do resultado danoso.¹¹²⁶

A doutrina distinguiu também outras duas hipóteses, caso fortuito e força maior, apenas a segunda delas afastando a responsabilidade. “Se foi produzido por força maior, então não foi produzido pelo Estado”, tratando-se, então, de uma força da natureza irresistível e isentando, por isso, o Estado, uma vez que afasta o nexos causal entre a atuação estatal e o dano ocorrido. O caso fortuito, por sua vez, “não é utilmente invocável, pois, sendo um acidente cuja raiz é tecnicamente desconhecida, não elide o nexos entre o comportamento defeituoso do Estado e o dano assim produzido”.¹¹²⁷

Nunes resume a questão afirmando que quando os danos são gerados por situações inevitáveis, a exemplo de tempestades e inundações, poderá o Estado ser responsabilizado, uma vez que se comprove a conduta omissiva ou ineficiente deste no sentido de evitar os danos. Já quando não envolva qualquer participação do ente

¹¹²³ NUNES, Rômulo José Ferreira. *Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais*, p. 26-27.

¹¹²⁴ *Idem*.

¹¹²⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. Cit.*, p. 1040-1041.

¹¹²⁶ NUNES, Rômulo José Ferreira. *Op. Cit.*, p. 34.

¹¹²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. Cit.*, p. 1041.

público na ocorrência do resultado danoso, tendo tomado as medidas adequadas ao caso (não sendo evidente omissão ou falta na prestação de serviços), não há nexo de causalidade, não sendo possível a responsabilização do Estado.¹¹²⁸

Ainda compõe o rol de hipóteses que afastam a responsabilidade extracontratual do Estado o estado de necessidade, quando o ato seja normalmente ilícito, mas justificado na lei.

Note-se que no Brasil a irresponsabilidade do Estado jamais vigorou. De início, a legislação pátria aceitou a tese de responsabilização civil, pautada na culpa do agente. A percepção abarcada pela Carta Constitucional de 1988 não é outra senão a do risco administrativo, uma vez que o art. 36, §6º, fala em dano e em agentes, tratando de dolo ou de culpa apenas no que diz respeito ao regresso contra os responsáveis.

Assim, parte-se dessa construção teórica para fundamentar aquilo que este estudo tem por objeto. A responsabilidade civil do Estado no direito brasileiro é de caráter objetivo, sendo desnecessária a comprovação de culpa.

O art. 37 da Constituição Federal de 1988 estabeleceu, em seu §6º, a responsabilidade civil da administração pública, tanto das pessoas jurídicas de direito privado, quanto das pessoas jurídicas de direito público. “E quando se fala em responsabilidade do Estado, cogita-se dos três tipos de funções entre as quais se reparte o poder estatal: a administrativa, a jurisdicional e a legislativa”.¹¹²⁹

É objetivo central da ordem jurídica proteger o que é lícito e, conseqüentemente, combater o ilícito, estabelecendo deveres positivos e negativos para tanto. A partir da violação de qualquer desses deveres jurídicos que o ilícito transparece, gerando um dever jurídico secundário, o de indenizar pelo dever não realizado.¹¹³⁰

Da necessidade de melhor proteção aos direitos do cidadão em relação às lesões ocasionadas pelo Estado é que se configura a responsabilidade civil extracontratual do Estado. Dessa forma, tendo o cidadão passado por lesão, por prejuízo, seja por comportamento comissivo ou omissivo do poder público, surge um dever de reparar.¹¹³¹

“Ademais, a responsabilidade da Administração Pública deita raízes no princípio republicano e no Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, da CF). A juridicidade do exercício do poder exige que o Estado responda pelos seus atos, pois ao Poder Público não é dado lesionar direitos alheios e, de forma ilegítima, ignorar a ocorrência da lesão ou a necessidade de reparação”.¹¹³²

Quando se trate de uma conduta comissiva, é necessária a análise da conduta, do dano, e do nexo de causalidade entre ambos. Já no que diz respeito às situações de responsabilidade por omissão, a questão é mais complexa, dada a necessidade de se analisar em que se configura a omissão e qual é a responsabilidade do Estado por não

¹¹²⁸ NUNES, Rômulo José Ferreira. *Op. Cit.*, p. 35.

¹¹²⁹ PRETTO, Marcello. A responsabilidade civil subjetiva por omissão estatal. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, ano 3, n.10, p. 166.

¹¹³⁰ SCHUTA, Andréia. A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva. *A & C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, ano 9, n. 36, p. 10-11.

¹¹³¹ HACHEM, Daniel Wunder. A responsabilidade civil do Estado frente às omissões estatais que ensejam violação à dignidade da pessoa humana. *A & C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, ano 8, n. 34, p. 65.

¹¹³² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Responsabilidade civil da Administração Pública: aspectos relevantes. A Constituição Federal de 1988. A questão da omissão. Uma visão a partir da doutrina e da jurisprudência brasileiras. In: FREITAS, Juarez. (Org.). Responsabilidade civil do Estado*, p. 297.

realizar a conduta que dele era esperada, além de ser imprescindível asseverar se há nexos entre o dano gerado e a ausência de ação por parte do Estado.

Em relação à omissão estatal, Celso Antonio Bandeira de Mello entende ser cabível a responsabilidade subjetiva, pela qual é necessário provar que o agente ou a pessoa jurídica agiu com dolo ou culpa. Deve haver uma obrigação estatal em impedir a ocorrência do dano ou não será possível a responsabilização. “Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se *descumpriu dever legal* que impunha obstar evento lesivo”.¹¹³³ No mesmo sentido, assevera Rômulo José Ferreira Nunes, afirmando não haver conduta ilícita estatal que não seja derivada de imprudência, negligência ou imperícia, ou então de vontade consciente (dolo), razão pela qual a omissão seria obrigatoriamente de caráter subjetivo.¹¹³⁴

No entanto, mantendo o respeito e a admiração pela construção teórica do eminente professor Celso Antônio Bandeira de Mello, e da mesma forma por Rômulo Nunes, entende-se, em sentido diverso, que não se faz necessário atestar dolo ou culpa para a responsabilização do Estado em hipóteses omissivas. Não significa dizer que o Estado deverá ser responsabilizado sempre, mas sim, que em havendo falta de um serviço, haverá a responsabilização.

Como bem leciona Bacellar Filho, “em sentido lato, responsabilidade patrimonial da Administração Pública decorre de atitudes ou de omissões, lícitas ou ilícitas, as quais redundam em lesão à esfera jurídica patrimonial do cidadão, configurando, pelo nexo lógico entre tais elementos, a necessidade de reparação, sem quaisquer perquirições subjetivas”.¹¹³⁵

Para o autor, “certo é que a responsabilidade prevista na Constituição Federal é de natureza objetiva”.¹¹³⁶ Isso porque a teoria da falta do serviço (serviço inexistente ou falho) é uma teoria de risco administrativo pela atividade a ser prestada, sendo que a mera existência de violação a um dever jurídico já enseja na responsabilidade. O princípio da equidade é que dá linhas a essa teoria, pela noção de que a atividade administrativa pode gerar danos a determinados grupos de sujeitos que impliquem em ônus não suportados pelos demais.¹¹³⁷

Defende-se, assim, que perante omissões que, *per se*, violem o direito fundamental à boa administração pública, o Estado deve, como se deduz, ser plenamente responsabilizado. Nesse sentido, não há dúvidas que tal responsabilização tem natureza objetiva, nos termos apontados.

6 À guisa de conclusão – o direito fundamental à boa administração pública como concausa da responsabilidade civil do Estado

Como se observou ao longo deste estudo, o direito fundamental à boa administração pública é implícito na Constituição, na medida em que se concebem deveres de eficiência e eficácia da atuação estatal. O que se garante através dele é a adequada

¹¹³³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Op. Cit.*, p. 1029.

¹¹³⁴ NUNES, Rômulo José Ferreira. *Op. Cit.*, p. 31.

¹¹³⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo e o Novo Código Civil*, p. 194.

¹¹³⁶ *Ibidem*, p. 223.

¹¹³⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Responsabilidade civil da Administração Pública: aspectos relevantes*, p. 310.

atuação administrativa, a partir da defesa dos direitos fundamentais, do bem estar geral, tomando como valor fundamental a dignidade humana.

A omissão estatal, dessa maneira, viola o próprio direito fundamental à boa administração. Isso porque, ao não realizar direitos a que estava constitucionalmente obrigado, não apenas deixa de realizar o bem estar de determinados setores da população, mas também impede que sua atuação possa ser considerada eficiente, adequada e completa.

Considerando que a responsabilidade civil é a própria realização do princípio republicano e do Estado Democrático de Direito, a juridicidade no exercício do poder estatal exige que o Estado responda pelos seus atos, não podendo lesionar indevidamente o cidadão.

No entanto, na medida em que não se pode invocar a responsabilização estatal com base em deveres genéricos e indeterminados, deve-se pensar que toda vez que uma norma, constitucional ou não, que prescreva uma conduta estatal seja violada, notadamente relacionada à dignidade humana, resta também violado o direito fundamental à boa administração pública, sendo assim uma concausa da responsabilização do ente público.

Afirma-se, dessa maneira, que a existência de um direito fundamental à boa administração não é um mero adereço, mas tem sim fundamentos e consequências próprias. É de grande relevância sua observância, além de partirem dele uma série de deveres à atuação do Estado. É necessário, na medida em que não sejam observados tais deveres, que se tenha condições de demandar o Estado para que os realize plenamente, sendo possível invocar de maneira auxiliar o próprio direito fundamental à boa administração.

Como a responsabilidade civil por omissão estatal é de caráter objetivo, a demonstração de violação à norma e, conseqüentemente, ao direito fundamental à boa administração, a partir da não realização de um dever ou da realização incompleta, gerando danos à coletividade, é suficiente para dar-lhe ensejo. Não há a necessidade de comprovação de elemento de vontade estatal em omitir-se.

Referências

- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- _____. Responsabilidade civil da Administração Pública: aspectos relevantes. A Constituição Federal de 1988. A questão da omissão. Uma visão a partir da doutrina e da jurisprudência brasileiras. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 293-336.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BITENCOURT NETO, Eurico. Há um direito fundamental à boa administração pública? In: FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros; GODINHO, Helena Telino Neves (Coords.). *Direito Constitucional em homenagem a Jorge Miranda*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 154.
- CASESSE, Sabino. *Il Diritto alla Buona Amministrazione*. Relazione alla “Giornata sul diritto alla buona amministrazione” per il 25º anniversario della legge sul “Sindic de Greuges” della Catalogna. Barcelona, 27 de março de 2009 (transcrição). Disponível em <http://www.irpa.eu/wp-content/uploads/2011/05/Diritto-alla-buona-amministrazione-barcellona-27-marzo.pdf>. Acesso em 31 de agosto de 2014.
- DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Princípio de eficácia y Estado Subsidiario. In: DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Estudios de derecho público*. Montevideo: Ed. por el autor, 2008.

- FACHIN, Zulmar. *Responsabilidade patrimonial do Estado por ato jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à boa Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 64.
- FUENTETAJA PASTOR, Jesús Angel. El derecho a la buena administración en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n. 15, Madrid, Colex, p. 137-153, jun/dez. 2008. Texto disponível em <http://e-spacio.uned.es/revistasuned/index.php/REDUE/article/view/12534/11735>. Acesso em 27 de agosto de 2014.
- GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado, *faute du service* e o princípio constitucional da eficiência administrativa. In: GUERRA, Alexandre; Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coord.). *Responsabilidade Civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- HACHEM, Daniel Wunder. A responsabilidade civil do Estado frente às omissões estatais que ensejam violação à dignidade da pessoa humana. *A & C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 8, n. 34, p. 59-71, out./dez. 2008.
- _____. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. Curitiba, 2014, 614 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado). Setor de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-graduação em Direito. Universidade Federal do Paraná.
- NUNES, Rômulo José Ferreira. *Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais*. São Paulo: LTr, 2009.
- PRETTO, Marcello. A responsabilidade civil subjetiva por omissão estatal. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 3, n.10. p.165-193, jul./set. 2005.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *Direito fundamental à boa Administração Pública*. Trad. Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- _____. Sobre el derecho fundamental a la buena administración y la posición jurídica del ciudadano. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, n. 47, Belo Horizonte, Fórum, p. 13-50, jan./mar. 2012.
- RUOCCO, Graciela. La “buena administración” y el “interés general”. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, n. 49, Belo Horizonte, Fórum, p. 27-45, jul./set. 2012.
- SAAD, Renan Miguel. *O Ato Ilícito e a Responsabilidade Civil do Estado*. Doutrina e Jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1994.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Administração Pública e os direitos fundamentais*. Aula proferida na Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (transcrição). Disponível em: http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/ingowolfgangsarlet.pdf. Acesso em 27 de agosto de 2014.
- SCHUTA, Andréia. A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva. *A & C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 9, n. 36. p.75-122, abr./jun. 2009.
- _____. *Direito Fundamental à Boa Administração e Governança*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 78

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

KREUZ, Leticia Camargo; MARTINS, Tamira Almeida. A violação do direito fundamental à boa administração pública enquanto concausa ensejadora da responsabilidade civil objetiva do Estado. In: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). *Problemas emergentes da Administração Pública*. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. *Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 401-414.

PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA NA ÁREA DA EDUCAÇÃO PÚBLICA: UMA ANÁLISE JURÍDICA DA ATRIBUIÇÃO DA GESTÃO PEDAGÓGICA AO PARTICULAR

LIZANDRA CORREIA BOLIVAR

1 Introdução

A Carta Magna preconiza que a prestação de serviços de natureza social – educação, saúde, assistência social e seguridade – pelo Estado tem por objetivo colocá-los à disposição da coletividade para garantir outros direitos considerados fundamentais, como o bem estar da sociedade, a redução das desigualdades sociais e a garantia da dignidade da pessoa humana.

No entanto, passadas mais de duas décadas da promulgação da CF, nota-se que o Estado brasileiro ainda não foi capaz de garantir a todos os cidadãos o acesso efetivo a esses direitos. Nesse sentido, tem-se buscado a modernização da administração estatal para implantação de um modelo de Estado gerencial, com foco no controle de resultados.

Nessa senda, o Estado, a fim de recuperar a sua capacidade de prover a infraestrutura para a prestação desses serviços com eficiência, passa a intensificar suas interações com o setor privado, destacando-se, pois, as *parcerias* firmadas pelo poder público com os particulares.

Para regular tais parcerias foram editadas várias leis com o escopo de regular essas novas interações entre o Estado e os particulares, oferecendo opções de escolha ao poder público para efetuar tais contratações. Ademais, essas parcerias são vistas como um caminho para uma prestação de serviços públicos com maior eficiência, inclusive no setor social, e compõem um tema que muito tem sido abordado pela doutrina na atualidade.

O advento da Lei nº 11.079/2004 ampliou o “cardápio de soluções”¹¹³⁸ para que, ao elaborar projetos de investimentos, o poder público pudesse avaliar qual se adaptaria

¹¹³⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. *A construção e a gestão de presídios por meio de concessões administrativas*. Palestra proferida no XIII Congresso Goiano de Direito Administrativo. Goiânia – GO, em 15 de maio de 2014.

melhor às suas necessidades. Há de se considerar que o objetivo geral do poder público ao contratar por meio de uma Parceria Público-Privada (PPP) é possibilitar a aplicação de técnicas de gestão que melhor proporcionem o interesse público e também obter financiamento privado de obras de infraestrutura. Aliás, essa lei criou a modalidade de concessão administrativa que é a adequada aos serviços de cunho social, notadamente ao ensino público, pois não há cobrança pecuniária dos usuários.

No tocante à *educação*, a CF dispõe que é de competência comum aos entes federados, mas a sua prestação não está restrita a ser desempenhada diretamente pelo Estado, podendo ser oferecida igualmente em regime jurídico de direito privado – art. 23, CF.

Dessa forma, percebe-se que deveria haver uma tendência do Estado em passar ao particular a gestão da estrutura do estabelecimento escolar público no contexto da prestação do serviço de *educação*. Todavia, após dez anos da promulgação da Lei nº 11.079/04, observa-se que, no plano fático, há apenas o modelo de PPP na educação pública implantado recentemente pela prefeitura de Belo Horizonte, Minas Gerais, que concedeu ao particular a construção de escolas e a prestação de serviços de manutenção e de natureza administrativa.

Contudo, cabe a nós, buscar compreender, com base nos princípios constitucionais e na legislação vigente, uma resposta para a seguinte questão: poderia a gestão pedagógica das unidades de ensino da rede pública de educação ser atribuída ao parceiro particular por meio de contrato de concessão administrativa, na modalidade de PPP?

Destarte, a presente pesquisa analisará as parcerias entre o poder público e o setor privado em sentido amplo e estrito, com foco no modelo de parceria encampado pela Lei nº 11.079/04. Sequencialmente, passar-se-á a discutir a viabilidade da gestão pedagógica da escola pública ser objeto de PPP e, em seguida, será apreciado o caso concreto estabelecido no Município de Belo Horizonte.

Para a construção dos objetivos, far-se-á uma revisão bibliográfica com exame e coleta de dados de publicações diversas a respeito do tema, sendo utilizado o método de investigação analítico-bibliográfico das fontes primárias e dos comentadores relevantes para a pesquisa.

2 As Parcerias Público-Privadas

2.1 A delegação de serviços públicos na Constituição Federal de 1988

É pertinente observar que a Lei Fundamental de 1988, por um lado, foi marcada por pontos de retrocesso burocrático no tocante à administração pública¹¹³⁹ e, por outro, trouxe grandes avanços se comparada aos modelos burocráticos anteriores, haja vista a adoção logo em seu artigo 1º do modelo de Estado Democrático de Direito que pressupõe o cumprimento das leis e também a maior participação da sociedade na Administração por diversas formas.

A propósito da interpretação do art. 3º da CF, no qual constam os principais objetivos da República, infere-se que o Brasil, além de ser um Estado de Direito e Democrático, é igualmente um Estado Social. Logo, tem a obrigação de cumprir com sua finalidade de proporcionar meios para atender aos anseios de uma sociedade e o

¹¹³⁹ E.g.: É a previsão de regime jurídico único para os servidores da administração direta, autárquica e fundacional.

dever de garantir a justiça social. Dessa forma, enquadra-se na denominação Estado de Direito Social e Democrático.

Nessa perspectiva, pode-se frisar que a CF dispõe que algumas atividades e serviços públicos de responsabilidade do Estado são indelegáveis ao particular, visto que só podem ser prestados pelo próprio Estado, como a segurança, a defesa, a justiça, as relações exteriores, a legislação, o poder de polícia e a formulação de políticas públicas.

Contudo, a Carta Maior trouxe à baila normas específicas que asseguram efetivamente a participação da população em setores da administração pública, principalmente nos setores sociais, evidenciando que não são serviços a serem desempenhados exclusivamente pelo Poder Público. É o que se vê nos artigos 194, 197, 199, 204 e 205 e ss, da CF.

Dessa sorte, percebe-se que as atividades sociais (educação, saúde, pesquisa, cultura, assistência) e as econômicas podem ser exercidas com base no princípio da subsidiariedade e por meio da colaboração da sociedade, fato que ratifica os princípios democráticos e também aproxima o Estado Brasileiro da concepção de Estado Participativo ou Estado Subsidiário.

2.2 As parcerias entre o setor público e o setor privado em sentido amplo e estrito

As parcerias entre os setores público e privado, em sentido amplo, consistem em qualquer forma de associação que, sem a formação de uma nova pessoa jurídica, são organizadas no intuito de realizar o interesse público.¹¹⁴⁰

Referidas *parcerias em sentido amplo* possibilitam a diminuição do tamanho do aparelhamento do Estado, na medida em que delegam ao setor privado algumas atividades que atualmente são desempenhadas pela Administração. Além disso, consistem em meios de fomento à iniciativa privada e têm por objetivo alcançar a eficiência na prestação do serviço.¹¹⁴¹

Na busca por formas mais flexíveis de atuação do Estado, principalmente nos setores sociais e econômicos, foram editados regulamentos infraconstitucionais acerca das parcerias para possibilitar a aplicação do direito privado, parcialmente derogado pelo direito público.¹¹⁴²

Dentre os exemplos de parcerias adotadas pela Administração no Brasil destacam-se: a concessão e a permissão da prestação de serviços públicos, regidas pela Lei nº 8.987/95; o Contrato de Gestão firmado com as Organizações Sociais, previsto na Lei nº 9.637/98; o Termo de Parceria firmado com as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, Lei nº 9.790/99. Tem-se, ainda, as parcerias que visam implantar empreendimentos urbanísticos reguladas pelo Estatuto das Cidades, Lei federal nº 10.257/01.¹¹⁴³

¹¹⁴⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p 23.

¹¹⁴¹ *Ibidem*, p. 24.

¹¹⁴² *Ibidem*, p 21.

¹¹⁴³ SUNDFELD, Carlos Ari. *Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias Público-Privadas*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p 19.

Quanto à *parceria público-privada* em sentido estrito ou *PPP*, trata-se de expressão referente às formas de parcerias regidas pela Lei Federal nº 11.079/04: a *concessão patrocinada* e a *concessão administrativa*, as quais serão melhor investigadas a seguir.

2.3 Modalidades de concessão e as Parcerias Público-Privadas

Com a promulgação da Lei nº 11.079/2004 foi possível classificar a concessão em três modalidades no que diz respeito ao regime remuneratório¹¹⁴⁴ do parceiro privado (cessionário), quais sejam: a concessão comum, a concessão patrocinada e a concessão administrativa.

De fato, o *contrato de concessão* não possui definição unânime entre os doutrinadores. Contudo, pode-se afirmar que esse instituto em sentido amplo é contrato administrativo por meio do qual a Administração atribui ao particular concessionário, de forma remunerada, a prestação de certo serviço público, precedido ou não por execução de obra pública.

Além do mais, é importante consignar que os serviços públicos em referência, prestados diretamente pelo Estado ou pelos concessionários, são de titularidade estatal,¹¹⁴⁵ de modo que, na concessão, a Administração atribui ao particular apenas a execução do serviço, mantendo, pois, a titularidade e o dever de zelar pelo cumprimento do contrato.

Ressalte-se que por se tratar de um *contrato*, este prevê direitos e obrigações recíprocas e por ser *administrativo*, fica adstrito a prerrogativas e sujeições próprias do regime jurídico público, como, v.g., perseguir as finalidades públicas, seguir o procedimento legal e atender às cláusulas exorbitantes que conferem ao poder concedente a faculdade de alterar e de rescindir o contrato de forma unilateral, além do direito de fiscalizar e de aplicar sanções, caso necessário.

Mas por que as PPPs foram enquadradas como concessões? Segundo Carlos Ari Sunfeld,¹¹⁴⁶ o termo *contrato de concessão* refere-se não apenas aos contratos que envolvem a transferência da execução de serviços públicos, mas também aos que conferem direito à utilização de bens públicos por particulares. Ademais, esses contratos são de longa duração, mas a escolha do legislador não foi apenas terminológica, pois o objetivo era justamente adotar a mesma estrutura e lógica econômica dos contratos previstos na Lei nº 8.987/95.

Dessa forma, tem-se que a concessão *comum* ou *tradicional* é regida, exclusivamente, pelas Leis nº 8.987/95 e 9.074/95. Nesse caso, o poder público não oferece contraprestação pecuniária ao concessionário (art. 2º, §3º, Lei das PPPs). Destarte, o parceiro privado é remunerado pelas tarifas cobradas do cidadão usuário e/ou por outra forma decorrente da exploração do serviço, utilizando-se de receitas alternativas (art. 11, Lei nº 8.987/95).

¹¹⁴⁴ Essa classificação também foi adotada por Carlos Ari Sunfeld no Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Op. cit.*, p. 27.

¹¹⁴⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias...*, p. 84; e PEIXINHO, Manoel Messias. As Parcerias Público-Privadas no Direito Estrangeiro e no Brasil: instrumentos de concretização de políticas públicas e de direitos fundamentais. In: PEIXINHO, Manoel Messias (Coord.). *Marco Regulatório das Parcerias Público-Privadas no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010, p. 43.

¹¹⁴⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Op. cit.*, p. 33.

As duas outras modalidades de concessão, a patrocinada e a administrativa, são categorias de parcerias público-privadas, nos termos do art. 2º, *caput*, da Lei das PPPs.

Na concessão *patrocinada*, a remuneração do parceiro privado consiste na soma da tarifa paga pelo usuário com a contraprestação pecuniária do poder público.¹¹⁴⁷ Já na concessão *administrativa*, não se cobra tarifa do usuário e a remuneração do concessionário consiste, basicamente, no valor pago pela Administração, somado ou não a receitas alternativas.¹¹⁴⁸

Diante de tantas opções de modalidades de concessões, regidas por leis diferentes, o Estado terá a incumbência de escolher qual regime irá adotar.¹¹⁴⁹ Contudo, frise-se que a escolha deverá ser feita após detida análise de qual serviço público será objeto do contrato.

Destarte, o poder público optará, e.g., pela forma tradicional ou pela forma patrocinada, quando o serviço comportar cobrança de tarifa do cidadão. Todavia, se for necessária a complementação pela Administração, em razão da baixa ou demorada rentabilidade oferecida pelo serviço ou obra pública, a escolha correta será pela concessão patrocinada.

Ademais, na eventualidade do objeto da concessão ser a prestação de serviço público *uti singuli* da área social,¹¹⁵⁰ como a educação, não será compatível cobrança de tarifa, pois são serviços a serem oferecidos aos administrados pelo Estado de forma gratuita. Ainda, se for o serviço, nesse caso, precedido pela execução de obra pública ou incluir fornecimento e instalação de bens (ex.: construção de uma escola), o poder público tem o múnus de escolher a modalidade de concessão administrativa.

A propósito, os serviços *uti universi*, aqueles usufruídos indiretamente pelo cidadão, não poderão ser objeto da concessão tradicional ou da concessão patrocinada, pois não são específicos e divisíveis e não comportam a cobrança de um preço público ou tarifa, como é o caso da limpeza pública.¹¹⁵¹ Para esse tipo de serviço, entretanto, é cabível a concessão administrativa, pois a remuneração será proveniente totalmente do Estado.

Os objetos das PPPs serão abordados nos itens seguintes dessa investigação.

2.4 As Parcerias Público-Privadas na Lei nº 11.079/2004: espécies de PPPs conforme a atividade objeto do contrato

2.4.1 Objetos da concessão patrocinada

A concessão patrocinada, conforme o art. 2º, §1º, da Lei nº 11.079/04, é a “concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado”.

¹¹⁴⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias...*, p 152.

¹¹⁴⁸ *Ibidem*, p 156.

¹¹⁴⁹ *Ibidem*, p 40.

¹¹⁵⁰ Na área social, o poder público poderá adotar outras formas de parcerias com o setor privado, como os convênios, os contratos de gestão com as OSs e a terceirização. A concessão apenas será a alternativa mais apropriada quando a vontade política da administração determinar a delegação da gestão operacional do serviço e não a simples transmissão da execução material. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias...*, p 41.

¹¹⁵¹ *Ibidem*, pp. 41-42.

Registre-se que, não obstante a Lei equipare a concessão patrocinada à concessão de serviços públicos comum, ordinária ou tradicional, em verdade, a diferença fundamental entre elas não é quanto ao conceito, mas quanto ao regime jurídico.

A principal diferença conceitual trazida pelo art. 2º é a forma de remuneração do privado, pois a PPP envolve a contraprestação pecuniária do poder público. Todavia, essa distinção poderia ser desconsiderada quando o contrato de concessão comum previr subsídio pago pelo poder público, consoante o art. 17, da Lei nº 8.987/95 (Lei das Concessões). Mas o fato é que a aplicação de recursos públicos, nesses casos, não descaracteriza o instituto da concessão tradicional e nem afeta o seu regime jurídico.¹¹⁵² Nesse contexto, é proveitoso aduzir que o *regime jurídico* aplicado à concessão patrocinada é o contemplado pela Lei de PPP, sendo a Lei nº 8.987/95 aplicada tão somente de forma subsidiária.

Dessa forma, destaca-se, por exemplo, que nas PPPs há repartição dos riscos entre os parceiros e compartilhamento dos ganhos efetivos do parceiro privado (art. 4º, VI e art. 5º, III e IX, Lei nº 11.079/04), o que não ocorre na concessão comum (art. 2º, II, Lei nº 8.987/95). Tem-se também que nas PPPs o contrato tem prazo mínimo e máximo estabelecidos em lei (art. 5º, I), qual seja, de 5 (cinco) a 35 (trinta e cinco) anos, incluídas as prorrogações, ao contrário da Lei de Concessões que não prevê o limite de prazo.¹¹⁵³

Acrescente-se que a escolha da modalidade patrocinada exige que os objetos do contrato sejam serviços públicos referidos no art. 175, CF, que permitam a cobrança de tarifa ao usuário. Contudo, essa concessão será adequada nos casos de serviços públicos cuja exploração seja deficitária, ou melhor, cuja receita proveniente das tarifas módicas pagas pelos usuários não seja suficiente para o seu próprio custeio.¹¹⁵⁴ Assim, por sua inviabilidade econômica, são serviços que exigem a intervenção de recursos públicos para garantir a remuneração do concessionário que promove e desempenha as atividades.¹¹⁵⁵

É importante notar, nessa senda, que os serviços públicos restantes, que não comportam tarifa a ser paga pelos usuários e devem ser oferecidos gratuitamente pelo Estado, poderão ser objeto da outra espécie de PPP, qual seja, a concessão administrativa.

2.4.2 Objetos da concessão administrativa

No que concerne à *concessão administrativa*,¹¹⁵⁶ “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” (art. 2º, §2º, Lei nº 11.079/04).

¹¹⁵² NETO, Benedicto Porto. Licitação para contratação de parceria público-privada. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Op. cit.*, p 143.

¹¹⁵³ Apesar de a Lei nº 8.987 não limitar o prazo, ele deve ser determinado no edital e no contrato. Sua prorrogação será possível, desde que prevista (art. 2º, II e III, art. 18, I, e art. 23, I, todos da Lei de Concessões).

¹¹⁵⁴ NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Parcerias Público-Privadas: perspectiva constitucional brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p 193.

¹¹⁵⁵ V.g.: Serviços e obras rodoviárias, ferroviárias, de portos, de fornecimento de luz elétrica, gás e água cujo custeio exclusivo por parte dos usuários não seja suficiente.

¹¹⁵⁶ A expressão é considerada inadequada por Di Pietro, pois todos os contratos de concessão celebrados pelo Estado são contratos administrativos (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias...*, 2012, p 67). Porém, tem que se respeitar a vontade do legislador.

Ademais, é imperioso reconhecer que essa concessão representa uma inovação¹¹⁵⁷ trazida pela Lei nº 11.079/04, pois o agente privado prestará serviços para a Administração Pública. Registre-se que a Lei de Licitações já disciplinava sobre contratos de prestação de serviços para a Administração, mas o regime jurídico regulado pela Lei das PPPs é diferente.

Ainda sobre a questão terminológica, sublinha-se a classificação apresentada por Sundfeld. Para ele, do conceito legal é possível inferir a existência de duas subcategorias de concessão administrativa: a *de serviços públicos* e a *de serviços ao Estado*.

A “concessão administrativa de serviços ao Estado”¹¹⁵⁸ tem por objeto os mesmos serviços relacionados no art. 6º da Lei de Licitações, serviços esses a serem usados *diretamente* pelo poder público. A grande diferença é que os contratos administrativos da Lei nº 8.666/93 se restringem à prestação do serviço, enquanto o contrato de PPP abarca a realização de investimento mínimo de vinte milhões de reais por parte do parceiro privado na “execução de obra ou fornecimento e instalação de bens” – art. 2º, §2º, Lei das PPPs.

Por sua vez, a “concessão administrativa de serviços públicos”¹¹⁵⁹ refere-se à hipótese em que a Administração é usuária *indireta* do serviço e é a responsável por remunerar integralmente o parceiro privado. Logo, refere-se aos serviços públicos abrangidos pelo art. 175, da CF, da mesma forma que a concessão *comum* e a *patrocinada* já analisadas, mas na qual não cabe o pagamento de preço público por parte dos usuários.

Dessa forma, ela tem por objeto os serviços que não comportam a cobrança de tarifa dos usuários e cujos beneficiários diretos sejam terceiros, como os estudantes de uma escola pública, aos quais a Administração pública tem o dever de fornecer tais serviços.¹¹⁶⁰

É cabível, outrossim, mencionar que a concessão administrativa aproxima-se bastante da empreitada.¹¹⁶¹ Entretanto, o objeto das PPPs não poderá limitar-se à execução de obra pública (art. 2º, §4º, inciso III, da Lei das PPPs), com apenas a construção de uma escola pública, pois isso seria típico do contrato de obras da Lei de Licitações.

O que possibilita à PPP diferenciar-se do mero contrato de obra ou empreitada é a obrigatoria presença de dois requisitos legais:¹¹⁶² o investimento de R\$20.000.000,00 (vinte milhões de reais) pelo parceiro privado; e o uso da infraestrutura (obra executada ou bens fornecidos e instalados) na prestação do serviço por prazo mínimo de 5 (cinco) anos (art. 2º, §4º, I e II, da Lei). Logo, nessas parcerias o particular se compromete não

¹¹⁵⁷ Esclarece, em igualdade de pensamento, NETO, Benedicto Porto. Licitação para contratação de parceria público-privada. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Op. cit.*, p 144.

¹¹⁵⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Op. cit.*, p 30.

¹¹⁵⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Op. cit.* p 29-30.

¹¹⁶⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias...*, p 155.

¹¹⁶¹ A concessão administrativa pode ainda ser vista como um misto de empreitada (remuneração pelo poder público) e de concessão (executar serviço público, regime jurídico da concessão tradicional – art. 21, 23, 24, 27 a 39, Lei nº 8987 e 31 Lei nº 9074 – art. 3º Lei nº 11.079/04). DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias...*, p 39.

¹¹⁶² Nesse sentido, SUNDFELD, Carlos Ari. Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Op. cit.*, p 31.

apenas a implantar infraestruturas, mas também a operá-las e a conservá-las pelo mencionado prazo mínimo.¹¹⁶³

Observa-se, nesse mesmo sentido, que o contrato de concessão administrativa também não poderá versar apenas sobre o fornecimento de mão de obra ou ter por único objeto o fornecimento e a instalação de equipamentos (art. 2º, §4º, III). A vedação legal tem por escopo evitar que a PPP seja utilizada como mera alternativa ao contrato de compra da Lei nº 8.666/93 ou como contrato de fornecimento de força de trabalho humano.¹¹⁶⁴

Portanto, é possível concluir que será essa a modalidade de PPP a ser escolhida na área da educação pública que é serviço público a ser prestado gratuitamente à população.

3 As Parcerias Público-Privadas em sentido estrito na área da educação pública

3.1 Educação como direito fundamental: breves comentários

Consoante lição de Konrad Hesse,¹¹⁶⁵ os direitos fundamentais, em sentido amplo, almejam garantir a liberdade e a dignidade do ser humano; em sentido restrito, seriam aqueles previstos como tais pelo direito em vigor. Assim, a análise partirá do entendimento em sentido lato, tendo em vista que a teoria dos direitos fundamentais¹¹⁶⁶ os divide em cinco gerações ou dimensões.¹¹⁶⁷

Os direitos de *primeira dimensão* são os direitos da liberdade e foram assumidos na fase inicial do constitucionalismo pelos Estados liberais como técnica de limitação da atuação do Estado.¹¹⁶⁸ Cabe apontar que esses direitos permitiram a separação entre a Sociedade e o Estado, garantiram a separação dos poderes e asseguraram direitos civis e políticos. Logo, na classificação de Jellinek,¹¹⁶⁹ foram incluídos na categoria de *status negativus*.

Ressalte-se que o paradigma do Estado Liberal apresentou-se insuficiente para eliminar a crescente injustiça social e perdurou até a crise do século XX – crise oitocentista ou liberal –, quando foi implantada uma nova ordem baseada no modelo de Estado Social.

Vê-se que, no transcorrer do segundo pós-guerra, as Constituições das diversas formas de Estado Social trouxeram os direitos fundamentais da *segunda dimensão*, con-

¹¹⁶³ ARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As Parcerias Público-Privadas no saneamento ambiental. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Op. cit.*, p 284.

¹¹⁶⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Op. cit.*, p 32.

¹¹⁶⁵ HESSE, Konrad *apud* BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p 560.

¹¹⁶⁶ O presente estudo não pretende esgotar a *Teoria dos direitos fundamentais*, mas tão somente apresentar parâmetros pertinentes ao tema direito à educação. Para uma análise detalhada dessa teoria, indica-se: *Curso de Direito Constitucional* de Paulo Bonavides e *Curso de Direito Constitucional Positivo* de José Afonso da Silva.

¹¹⁶⁷ O uso do termo *geração* é criticado por alguns autores, visto que pode induzir à inexacta interpretação de que os direitos fundamentais passaram por uma sucessão cronológica não cumulativa, o que não é correto. É por isso que muitos defendem a utilização do vocábulo *dimensão* como o mais adequado. (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p 572).

¹¹⁶⁸ BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p 563.

¹¹⁶⁹ JELLINEK, Georg *apud* BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p 564.

sistentes nos direitos sociais e econômicos.¹¹⁷⁰ Logo, o Estado acumulou várias atribuições, pois os direitos dessa *dimensão* exigem prestações positivas diretas ou indiretas do poder público, visando garantir melhores condições de vida aos indivíduos¹¹⁷¹ e um “mínimo existencial”.¹¹⁷²

Foi nessa fase da *segunda dimensão* que o direito à educação foi institucionalizado como direito fundamental, sendo classificado como um *direito social*, da mesma forma que os direitos à saúde, à cultura e à previdência social.

No tocante aos direitos fundamentais da *terceira dimensão*, baseados na fraternidade e na solidariedade, são eles destinados a proteger o gênero humano como um todo e não apenas o interesse do indivíduo. Os direitos da *quarta dimensão*, por sua vez, influenciados pela globalização política, referem-se aos direitos à democracia, à informação e ao pluralismo¹¹⁷³ e os da *quinta dimensão* compreendem o direito à paz, intimamente ligado ao direito à vida.

Percebe-se, portanto, que os direitos fundamentais foram institucionalizados como tais nas constituições de cada modelo de Estado e passaram por uma evolução. No Estado Liberal, apesar de formalmente expressos e garantidos pelas Cartas constitucionais, eram *direitos negativos*, ou melhor, apenas limitavam a atuação do poder público. A partir das constituições sociais, direitos como saúde, educação e cultura foram reconhecidos como *positivos*, exigindo-se atuações diretas ou indiretas por parte do Estado para a sua concretização.

3.2 A educação pública na Constituição Federal de 1988

Consoante analisado, a Constituição de 88 adotou a concepção de Estado de Direito Social e Democrático, de forma que o desenvolvimento desse paradigma estatal passa, necessariamente, pela prestação de direitos sociais,¹¹⁷⁴ os quais são indispensáveis ao pleno desenvolvimento dos indivíduos que compõem a sociedade.

Nessa senda, sobressai primeiramente o artigo 6º da Lei Fundamental, o qual se dedicou a listar os direitos sociais, incluindo, dentre eles, o direito à educação.

Adiante, destaca-se o art. 205, definindo a educação como direito de todos e dever do Estado e da família. Ainda, deve ser promovida com o auxílio da sociedade, visando o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para exercer a cidadania e a qualificação laboral.

Pela análise do referido dispositivo, com destaque para o trecho que estabelece que a “educação deverá ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade”, compreende-se a presença das ideias de cooperação entre o poder público e o privado, de fomento e também da livre iniciativa do particular.

Em seguida, nota-se o art. 206, que traz os princípios a serem observados quando do desenvolvimento das atividades de ensino. Destaca-se o inc. VI, pois garante a “gestão

¹¹⁷⁰ BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p 564.

¹¹⁷¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p 286.

¹¹⁷² VARGAS, Denise. *Manual de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p 373.

¹¹⁷³ BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p 569 e 571.

¹¹⁷⁴ MALISKA, Marcos Augusto. *O direito à educação e a constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, p 285.

democrática do ensino público”, que está em harmonia com a essência participativa da CF.¹¹⁷⁵

Percebe-se que o texto constitucional, além de facultar à iniciativa privada a criação de instituições particulares de ensino (art. 209, CF), autoriza o emprego das parcerias entre o poder público e o setor privado para o desempenho de atividades relacionadas ao ensino público, assim como prega a participação cidadã na gestão das instituições de ensino público.

Ademais, é possível depreender que a educação pública possui tratamento especial na Constituição.¹¹⁷⁶ O dever do Estado para com esse direito fundamental vai além da observância dos princípios gerais constantes no art. 206,¹¹⁷⁷ posto que o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é *direito público subjetivo* (art. 208, §1º, CF). Dessa forma, o seu “descumprimento gera direito de ação frente ao Estado”¹¹⁷⁸ por parte de qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída e, ainda, pelo Ministério Público (art. 5º, da Lei nº 9.394/96 ou LDB).

Nessa senda, constata-se que o ensino público oferecido em estabelecimentos oficiais deverá ser gratuito (art. 206, IV, CF) e que o poder público tem a obrigação de ofertar e manter a educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurando, inclusive, sua oferta a todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria (art. 208, I, CF). Ademais, deve o Estado garantir educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade (art. 208, IV, CF).

Da análise do artigo 211, CF, é possível perceber uma divisão de tarefas entre os entes da federação de modo que ficou a cargo da *União* organizar o sistema federal de ensino, além de financiar essas instituições federais e exercer função redistributiva e supletiva com assistência técnica e financeira aos estados, Distrito Federal e municípios (art. 211, §1º, CF).

Os *municípios*, por sua vez, deverão atuar de forma prioritária na educação infantil e no ensino fundamental (art. 211, §2º, CF), enquanto os *estados* e o *Distrito Federal* atuarão no ensino fundamental e médio, principalmente (§3º).

Frente à constatação de que o poder público, em regra, tem a obrigação de oferecer, no mínimo, educação pública básica (pré-escola, ensino fundamental e ensino médio)¹¹⁷⁹ de forma gratuita, vê-se que a manutenção do ensino público será custeada pela utilização de dinheiro público proveniente de parte da receita obtida com impostos.¹¹⁸⁰ Além do mais, esse *dever* estatal pressupõe mútua colaboração entre União, estados, Distrito Federal e municípios, tanto na elaboração dos sistemas de ensino, quanto em seu custeio (art. 23, V, CF).

Destarte, nota-se que, no momento em que a CF/88 elegeu a educação pública como um *dever* do Estado, também a elevou à categoria de serviço público de natureza *social*, classificada, ainda, como serviço *próprio* do Estado, *uti singuli* e *não exclusivo*.

¹¹⁷⁵ MALISKA, Marcos Augusto. *Op. cit.*, p. 216.

¹¹⁷⁶ MALISKA, Marcos Augusto. *Op. cit.*, p. 203; e SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 311 e 838.

¹¹⁷⁷ Os princípios gerais também devem ser observados pelos estabelecimentos privados de ensino (art. 206, CF).

¹¹⁷⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 8.

¹¹⁷⁹ A educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade deverá ser organizada em pré-escola, ensino fundamental e ensino médio, conforme disposto no art. 4º, I, LDB.

¹¹⁸⁰ Sobre o tema, cf. comentários de SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 842.

Assim, depende de ação do Estado e pode ser executada direta ou indiretamente pelo poder público.

Tem-se, outrossim, que apesar de ser serviço específico e divisível, deve ser oferecida de forma gratuita, logo, não admite a cobrança de mensalidades, taxas ou despesas pela fruição do direito ao ensino.¹¹⁸¹

Saliente-se que há uma série de motivos que justificam que o poder público adote o princípio da gratuidade e subsidie atividades de cunho social. Todavia, prepondera o argumento ético de que a educação deve ser oferecida gratuitamente e em caráter universal,¹¹⁸² pois envolve direitos fundamentais que qualquer sociedade deve garantir a seus cidadãos.¹¹⁸³

Observa-se, por fim, que o tratamento especial conferido pela CF à educação não se restringe a reconhecê-la como direito fundamental e a elegê-la como serviço público, dado que ela ainda foi incluída como uma das *cláusulas pétreas*. Essa interpretação é possível por meio de uma apreciação sistemática da CF, ou melhor, os direitos sociais contidos no art. 6º são considerados abarcados pela expressão direitos e garantias individuais do art. 60, §4º, IV, CF e, por isso, são igualmente considerados direitos inabaláveis e de elevada garantia.¹¹⁸⁴

3.3 Do cabimento da concessão administrativa na área da educação pública e a gestão pedagógica

É notório que a concessão administrativa é a modalidade de PPP a ser adotada no âmbito dos serviços públicos sociais, visto que a remuneração do parceiro privado, nesses casos, deverá ser baseada notadamente na contraprestação paga pela Administração pública.

Entretanto, antes de se implantar uma PPP para execução de infraestrutura e prestação de serviços, é necessário elucidar que as atividades inerentes à educação pública podem ser divididas em pelo menos 2 (duas) categorias básicas: serviços de apoio ou *atividades meio* – possibilitam o desenvolvimento dos serviços pedagógicos; e serviços efetivamente pedagógicos; ou *atividades fim* – voltadas à melhoria do processo de ensino-aprendizagem.

Em verdade, os termos *atividade fim* e *atividade meio* foram concebidos, inicialmente, no âmbito do Direito do Trabalho. Entretanto, essas categorias têm sido utilizadas na conjuntura da administração pública para distinguir quais atividades atribuídas ao Estado podem ser objeto de delegação ao setor privado visando reduzir o aparelhamento do Estado.¹¹⁸⁵

Dessa forma, tem-se que os *serviços de apoio* em uma unidade escolar pública são compostos por funções instrumentais e acessórias, sendo ainda periféricas¹¹⁸⁶ à essência

¹¹⁸¹ MALISKA, Marcos Augusto. *Op. cit.*, p. 210.

¹¹⁸² NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Op. cit.*, p. 210.

¹¹⁸³ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma do Estado para a Cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. 2. ed. Brasília: ENAP, 2011, p. 97.

¹¹⁸⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 657.

¹¹⁸⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias...*, p. 215 *et seq.*

¹¹⁸⁶ Adaptação do conceito apresentado por DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 438.

da dinâmica do ensino-aprendizagem. *V.g.*: limpeza, segurança, vigilância, manutenção e conservação predial, serviços administrativos de secretaria escolar, reprografia, fornecimento de equipamentos e instalações (vide art. 1º, Decreto nº 2.271/1997 do governo federal).

As *atividades pedagógicas* de uma unidade escolar são aquelas voltadas à “apropriação do saber pelos educandos”,¹¹⁸⁷ por meio de ações desenvolvidas dentro e fora da sala de aula. Assim, parece correto aduzir que elas dependem da *gestão pedagógica* da escola.

Da diferenciação aqui proposta entre as *atividades de apoio* e as *atividades pedagógicas*, nota-se que não há dúvidas acerca da delegabilidade daquelas, justamente por serem atividades meio ou administrativas que proporcionam as condições básicas para a consecução do processo educativo.

A dúvida, portanto, consiste em saber se há possibilidade de eventual delegação ao privado, da *gestão pedagógica* da escola pública, a qual está direcionada à implementação da finalidade da educação pública propriamente dita, qual seja, o desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (art. 206, CF/88).

Nessa linha, é importante esclarecer que, consoante análise de Líliliana Soares Ferreira, o próprio termo *pedagógico* é impreciso, não possuindo uma definição clara. Segundo a pesquisadora, o “pedagógico é todo o pensar-agir da escola com o intuito de produzir conhecimento. Porém, não é pedagógico o pensar-agir, embora muito bem organizado, incoerente com a expectativa de produção do conhecimento dos sujeitos da aula”.¹¹⁸⁸

Ademais, nota-se que não há um conceito legal delimitando quais atividades de fato compõem a *gestão pedagógica* de um estabelecimento de ensino público. Todavia, é acertado asseverar que essa gestão consiste em um conjunto de atividades que, no âmbito da unidade escolar, possuem o escopo de melhorar o ensino-aprendizagem, contribuindo para consolidar o papel da educação na conquista, na efetivação de direitos e na formação de sujeitos sociais.¹¹⁸⁹

A partir dessa premissa, pode-se dizer que a *gestão pedagógica* no âmbito das escolas públicas é um processo que demanda no mínimo duas fases: i.) fase de planejamento das ações; e ii.) fase de execução e desenvolvimento dos projetos.

3.3.1 Fase do planejamento

No caso de instituições de ensino públicas, a *fase do planejamento* das ações pedagógicas é tarefa complexa, resultado de interações de diversos segmentos da comunidade. Essa etapa deve garantir a participação de servidores, alunos, pais/mães/responsáveis dos alunos e representantes da comunidade local, em respeito ao princípio da *gestão democrática do ensino público* que está disposto no art. 206, VI, da CF/88 e foi

¹¹⁸⁷ PARO, Vitor Henrique. *Gestão Democrática da Escola Pública*. São Paulo: Ática, 2002, p 75.

¹¹⁸⁸ FERREIRA, Líliliana Soares. Gestão do pedagógico: de qual pedagógico se fala? In: *Currículo sem Fronteiras*, v. 8, n. 2, pp. 176-189, Jul./Dez. 2008. Disponível em: <<http://www.curriculosemfronteiras.org/vol8iss2articles/ferreira.pdf>>. Acesso em: 11 jun. 2014.

¹¹⁸⁹ BELO HORIZONTE. *Parecer nº 052/2002 do CME/BH*. Disponível em: <http://portalpbh.pbh.gov.br/pbh/ecp/comunidade.do?evento=portlet&pIdPlc=ecpTaxonomiaMenuPortal&app=cme&tax=20659&lang=pt_BR&pg=8002&taxp=0&>. Acesso em: 11 jun. 2014.

reforçado pela Lei Federal nº 9.394/1996 ou Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, no art. 3º, VIII.

É pertinente esclarecer que o *Sistema de Ensino*, conforme art. 19, LDB, é formado por *escolas públicas* e por *escolas privadas*. Contudo, nota-se que o princípio da gestão democrática deve ser adotado pela instituição de ensino público de forma *obrigatória*. Logo, a instituição privada não está vinculada a dotar tal princípio.

Aliás, ressalte-se que a LDB definiu como *princípios da gestão democrática* a garantia da participação dos profissionais da educação na elaboração do projeto pedagógico da escola – preocupação com a aplicação de conhecimentos gerais e técnicos sobre a matéria – e a participação da comunidade escolar e local em conselhos escolares ou equivalentes (art. 14, I e II, LDB), dentro de suas competências de deliberações.¹¹⁹⁰

Além disso, vale lembrar que as metas e diretrizes aplicáveis a um *sistema municipal de ensino* devem estar integradas na *política educacional estadual* (art. 10 da LDB) que, por sua vez, está subordinada às normas e determinações do *plano nacional de educação* (PNE)¹¹⁹¹ elaborado pela União (art. 8º, §1º, LDB).

Pelo exposto, nota-se que a fase do *planejamento* da gestão pedagógica de uma instituição de ensino pública difere-se do planejamento pedagógico de uma escola particular justamente por ter que garantir o princípio constitucional da *gestão democrática* com a participação dos indivíduos da comunidade escolar e local.

Destarte, é acertado afirmar que, no tocante às escolas públicas, o planejamento de ações visando aperfeiçoar o ensino-aprendizagem não poderá ser objeto de delegação a um parceiro privado, pois não será adequado que as decisões de representantes do concessionário substituam as deliberações resultantes da discussão e da reflexão dos participantes de um colegiado composto por servidores lotados na escola, alunos, pais e membros da comunidade.

Dessa sorte, é possível enquadrar as atividades de programação das ações pedagógicas como *indelegáveis*, não sendo cabível sua concessão ao parceiro privado por meio de PPP.

3.3.2 Fase da execução

A *segunda etapa* da gestão pedagógica a ser desempenhada no ambiente de uma instituição de ensino público, consoante divisão proposta, consiste na execução do que foi planejado e pode ser considerada como indispensável para a materialização dos objetivos e metas estipulados ou programados na primeira etapa do processo.

É interessante observar que essa *segunda fase* da gestão pedagógica assemelha-se ao conceito de *gestão do pedagógico* apresentado por Liliana Soares Ferreira. Ela defende que a *gestão do pedagógico* pode ser explicada como o trabalho do professor em prol do conhecimento ou como a ação pedagógica desenvolvida em sala de aula, principalmente.¹¹⁹²

¹¹⁹⁰ MALISKA, Marcos Augusto. *Op. cit.*, p 217.

¹¹⁹¹ O texto base do Plano Nacional de Educação decênio 2011-2020 foi aprovado pela Câmara dos Deputados em 28/05/2014, com quatro anos de atraso. Em 25/06/2014 foi transformado na Lei Ordinária nº 8035/2014, publicado no DOU 26/06/14 p. 001 col. 01, Edição Extra.

¹¹⁹² FERREIRA, Liliana Soares. Escola, a gestão do pedagógico e o trabalho de professores. In: *Diversa*, ano I, n. 2, pp. 101-116, jul./dez. 2008. Disponível em: <http://www.ufpi.br/subsiteFiles/parnaiba/arquivos/files/rd-ed2ano1_artigo06_Liliana_Ferreira.PDF>. Acesso em: 09 jun. 2014.

Além disso, a referida pesquisadora assevera que ao professor, profissional da educação, cabe, em primeira instância, a realização da gestão do pedagógico. Ele é o responsável por conceber um plano de trabalho baseado no plano pedagógico da escola, realizá-lo e avaliar os alunos envolvidos, com o escopo de auxiliar no desenvolvimento pessoal e intersubjetivo dos alunos e socializar os saberes.¹¹⁹³

Nesse sentido, ao investigar a LDB, com destaque para os incisos do art. 13, dessume-se que a *execução* das ações pedagógicas voltadas ao aperfeiçoamento do ensino-aprendizagem será exercida, em regra, pelos profissionais da educação com *funções de magistério*, quais sejam, os professores e especialistas em educação que desempenham atividades educativas, incluídas, além do exercício da docência, as de direção de unidade escolar e as de coordenação e assessoramento pedagógico (art. 67, §2º, LDB).

Nessa conjuntura, nota-se que todos esses profissionais da rede de educação pública, exercendo suas respectivas funções na prática pedagógica, são, em regra, classificados como servidores públicos, submetidos ao regime jurídico único e cuja investidura no cargo depende *exclusivamente* de prévia aprovação em concurso público de provas e títulos, conforme deduz-se dos arts. 37, II, 39 e 206, V, todos da CF/88 e art. 67, I, LDB.

Inevitável salientar que o vocábulo *exclusivamente* abordado pela CF/88 e a LDB impõem como regra a contratação desses profissionais do ensino mediante concurso público de provas e títulos. Ademais, o mesmo art. 206, da CF e arts. 3º, VII, e 67, *caput*, da LDB, estabelecem a *valorização dos profissionais da educação escolar* mediante plano de carreira que, na educação pública, apenas será compatível com o ingresso por concurso público.

Ante a constatação de que a execução do programa pedagógico da instituição de ensino público é desempenhada pelos professores que, por sua vez, são servidores públicos, nota-se que a Administração não deve firmar contrato para a prestação desse serviço pela empresa concessionária, pois ela exerceria as atividades da fase da *execução* da gestão pedagógica por intermédio de *empregados* contratados e isso é contrário à CF e à LDB.

Todavia, vale registrar que a CF autoriza, no art. 37, IX, a contratação por tempo determinado, em caso de excepcional interesse público para atender necessidade temporária. E, para aplicar essa exceção, deverá o ente da federação¹¹⁹⁴ “estabelecer, por suas próprias leis, as hipóteses em que essa contratação é possível e o regime jurídico em que a mesma se dará”.¹¹⁹⁵

Ainda assim, fica evidente perceber que eventual *contratação excepcional* de professores para atuarem na rede pública de educação não poderá integrar o objeto do contrato de concessão administrativa, visto que essas contratações exigem processo seletivo que estará disciplinado na lei do ente federativo, fator que “afasta a contratação por meio de interposta pessoa, como ocorre nos contratos de fornecimento de mão de obra”.¹¹⁹⁶

¹¹⁹³ FERREIRA, Liliana Soares. Gestão do pedagógico: de qual pedagógico se fala? *Op. cit.*

¹¹⁹⁴ Na seara da administração pública federal tem-se a Lei Federal nº 8.745/93.

¹¹⁹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p 598.

¹¹⁹⁶ *Idem*. *Parcerias...*, p 224.

Nesse contexto, assim como na *fase do planejamento* das ações pedagógicas, as atividades da *fase da execução* da gestão pedagógica de unidades públicas de ensino são *indelegáveis*, não sendo plausível a sua concessão via PPP na modalidade administrativa.

4 Análise do caso concreto do Município de Belo Horizonte/MG

No cenário brasileiro, destaca-se a PPP da educação estabelecida por Belo Horizonte, Minas Gerais. No intuito de alcançar padrões de qualidade de vida equivalentes àqueles observados em países desenvolvidos, foi elaborado, com o auxílio de representantes da sociedade, o *Plano estratégico de Belo Horizonte 2030*,¹¹⁹⁷ no qual a Prefeitura de Belo Horizonte (PBH) traçou um programa de gestão com metas e resultados a serem cumpridos.

Para alcançar os escopos do mencionado programa, principalmente ampliar o acesso da população à educação de qualidade, foram selecionadas estratégias iniciais embasadas nos investimentos em infraestrutura e na formação dos profissionais que trabalham na educação.¹¹⁹⁸

Ainda, para realizar as metas definidas com base nas carências da população, a PBH, no final de 2010 e durante 2011, foi pioneira no país ao realizar procedimento de licitação, na modalidade concorrência (art. 12, Lei nº 11.079/04), para promover PPP na área da educação.

Ressalte-se que o contrato de concessão administrativa foi assinado pelo Município de Belo Horizonte, concedente, e pela Inova BH, concessionária, em julho/2012, e que a PPP revelou ser uma forma de complementar os investimentos para implantação e operação de infraestrutura, de modo a ampliar a oferta de vagas na selecionada etapa da educação básica.¹¹⁹⁹

No caso da PPP em comento, definiu-se que haveria delegação ao parceiro privado das obras e serviços de engenharia e da prestação de serviços de apoio à operação e ao funcionamento de unidades de ensino da rede municipal de educação básica de BH.¹²⁰⁰

Da análise do contrato nº 01/2012, Processo Administrativo nº 01.102.246/11-20, e do Anexo 5, deduz-se que as *obras e as atividades de engenharia* compreendem a construção de 30 (trinta) novas unidades municipais de ensino infantil (UMEIs), a reconstrução de 2 (duas) UMEIs e a construção de 5 (cinco) Escolas Municipais de Ensino Fundamental (EMs).¹²⁰¹

No tocante aos *serviços de apoio* que serão prestados ao longo de todo o período da concessão, foram eles especificados claramente no Anexo 6 do contrato de concessão.¹²⁰²

¹¹⁹⁷ BELO HORIZONTE. *Plano Estratégico de Belo Horizonte 2030 – 2ª versão*. Disponível em: <https://bhmetasresultados.pbh.gov.br/sites/all/themes/metaspdf/planejamento_2030.pdf>. Acesso em: 7 jun. 2014.

¹¹⁹⁸ *Ibidem*, pp. 40-43.

¹¹⁹⁹ Notícia disponível em: <[municipalhttp://www.cmbh.mg.gov.br/noticias/2013-10/vereadores-discutiram-impactos-das-ppps-na-educacao-municipal](http://www.cmbh.mg.gov.br/noticias/2013-10/vereadores-discutiram-impactos-das-ppps-na-educacao-municipal)>. Acesso em: 3 nov. 2013.

¹²⁰⁰ BELO HORIZONTE. *Contrato PPP Educação – Parte 1*. Disponível em: <http://portalpbh.pbh.gov.br/pbh/ecp/comunidade.do?evento=portlet&pIdPlc=ecpTaxonomiaMenuPortal&app=acessoinformacao&tax=38335&lang=pt_BR&pg=10125&taxp=0&>. Acesso em: 08 jun. 2014.

¹²⁰¹ BELO HORIZONTE. *Anexo 5 - Especificações de Projetos e de Obras das Unidades de Ensino*. Disponível em: <http://portalpbh.pbh.gov.br/pbh/ecp/comunidade.do?evento=portlet&pIdPlc=ecpTaxonomiaMenuPortal&app=acessoinformacao&tax=38335&lang=pt_BR&pg=10125&taxp=0&>. Acesso em: 08 jun. 2014.

¹²⁰² BELO HORIZONTE. *Anexo 6 - Especificações Mínimas dos Serviços*. Disponível em: <<http://portalpbh.pbh.gov.br/>>

Tal documento classificou os serviços de apoio em 7 (sete) subcategorias: i) Serviços administrativos; ii) Segurança; iii) Utilidades e Energia; iv) Infraestrutura de Rede de dados local; v) Higiene e limpeza; vi) Lavanderia e rouparia; e vii) Manutenção e conservação.

Assim, no paradigma de PPP adotado pela PBH ficou acordado que ao concessionário cabe a execução de *serviços administrativos* consistentes em: 1) Serviços gerais – atividades de suporte não pedagógicas (como serviços de secretaria escolar), limpeza, higiene, conservação dos equipamentos, abastecimento das unidades com insumos ligados à limpeza, controle patrimonial (cadastro de bens novos, registro de entrada e saída de bens, gerenciamento, planejamento de inventário semestral), outras atividades inerentes à boa execução dos serviços; 2) Operação de reprografia – fornecer profissionais qualificados para executar atividades de reprografia, impressão, digitalização e fax de uso interno das escolas, repor itens consumidos, fornecer relatório mensal de operação; 3) Gestão de Riscos e Seguros; 4) *Help Desk* – atendimento e suporte ao público interno das escolas por meio de uma central de atendimento de chamados para registrar solicitações de serviços, reclamações e solicitações de informações, devendo a atividade ser controlada por meio de *software* provido pela concessionária.

Também são de responsabilidade do parceiro privado fornecer profissionais treinados para executar *serviços de segurança*, quais sejam: efetuar a segurança patrimonial; realizar o controle, a operação e a fiscalização das portarias de acesso; e promover o monitoramento e o gerenciamento de imagens de Circuito Fechado de Televisão.

Em *utilidades e energia*, a concessionária atuará na obtenção e na gestão dos seguintes recursos: Água e esgoto; Energia elétrica; e Gás liquefeito de petróleo. Nesse caso, o parceiro privado deve efetuar a manutenção de todo o sistema de fornecimento e induzir o consumo eficiente, além de elaborar relatórios de monitoramento da qualidade desses recursos.

Outros serviços descritos no Anexo 6 são: execução da infraestrutura de rede de dados local cabeada e *wireless* para todas as unidades de ensino (subcategoria *infraestrutura de rede de dados local*); limpeza e higienização das áreas internas e externas das escolas, incluindo a gestão de resíduos por meio de política de coleta seletiva (*higiene e limpeza*).

Quanto à *lavanderia e à rouparia*, compete à concessionária a aquisição, o fornecimento, a lavagem e a manutenção de enxoval e roupa de cama, necessários ao funcionamento das unidades, dentro dos padrões de uso estabelecidos. Além disso, a concessionária deverá garantir em *manutenção e conservação*: a manutenção das instalações prediais, *e.g.* instalações elétricas, pintura, pisos, vidros, equipamentos não pedagógicos; e das áreas verdes das unidades, *v.g.* serviço de jardinagem; controle integrado de pragas diversas.¹²⁰³

pbh/ecp/comunidade.do?evento=portlet&pIdPlc=ecpTaxonomiaMenuPortal&app=acessoinformacao&tax=38335&lang=pt_BR&pg=10125&taxp=0&. Acesso em: 08 jun. 2014.

¹²⁰³ BELO HORIZONTE. *Anexo 6 - Especificações Mínimas dos Serviços*. Disponível em: <http://portalpbh.pbh.gov.br/pbh/ecp/comunidade.do?evento=portlet&pIdPlc=ecpTaxonomiaMenuPortal&app=acessoinformacao&tax=38335&lang=pt_BR&pg=10125&taxp=0&>. Acesso em: 08 jun. 2014.

Registre-se, portanto, que foram excluídos dos objetos da PPP quaisquer serviços relacionados diretamente à gestão pedagógica das unidades de ensino que têm por missão a construção do conhecimento para emancipação¹²⁰⁴ do cidadão.

Todavia, nota-se a preocupação da PBH em conciliar e integrar o desempenho das atividades não pedagógicas de responsabilidade da concessionária com o desenvolvimento das atividades pedagógicas, não objeto da PPP. No intuito de unir os esforços das equipes, eliminar divergências, propor soluções para aperfeiçoar a gestão da unidade de ensino como um todo e planejar o início das operações das escolas, foram instituídos os *Comitês de Governança*, formados por representantes do parceiro privado e da unidade escolar.¹²⁰⁵

Ainda no que se refere ao modelo adotado por BH, evidencia-se que, segundo informações disponibilizadas pela PBH, a escolha da PPP teve por finalidade, em verdade, “implementar uma maior quantidade de unidades em operação em um curto espaço de tempo, o que não seria possível pelo modelo tradicional de licitações, com métodos construtivos inovadores, minimizando o déficit histórico na oferta de vagas na rede pública municipal”.¹²⁰⁶

Como resultados do programa de parceria, nota-se que no ano de 2013 foram entregues 9 (nove) novas UMEIs, das quais 3 (três) foram executadas por meio de PPP. Ainda, das 5 (cinco) UMEIs ampliadas, 1 (uma) foi reformada e entregue pela PPP. Destarte, com o financiamento proporcionado pelo parceiro privado, houve um aumento em 1.340 (mil trezentas e quarenta) vagas para a educação infantil no município de Belo Horizonte.¹²⁰⁷

Ademais, até maio/2014, foram concluídas mais 9 (nove) UMEIs, das quais 5 (cinco) são fruto da parceria e disponibilizaram 2.050 (duas mil e cinquenta) vagas. Atualmente, há outras 17 (dezesete) UMEIs com obras em andamento que são responsabilidade de PPPs.¹²⁰⁸

É válido salientar que o pioneirismo da cidade de BH possibilitou à Prefeitura ser selecionada pela revista britânica *Financial Times* e pelo Banco Citi como finalista regional da América Latina do *FT/Citi Ingenuity Awards 2013: Urban Ideas in Action*¹²⁰⁹ ou *Prêmio de engenhosidade: ideias urbanas em ação* (tradução nossa).

Essa premiação surgiu devido à necessidade de se buscar novos caminhos para as grandes cidades diante do crescimento da população e visa “reconhecer indivíduos,

¹²⁰⁴ FERREIRA, Líliliana Soares. Escola, a gestão do pedagógico e o trabalho de professores. In: *Diversa*, ano I, n. 2, pp. 101-116, jul./dez. 2008. Disponível em: <http://www.ufpi.br/subsiteFiles/parnaiba/arquivos/files/rd-ed2a-no1_artigo06_Liliana_Ferreira.PDF>. Acesso em: 09 jun. 2014.

¹²⁰⁵ BELO HORIZONTE. *Anexo 11 - Diretrizes de Governança das Unidades de Ensino*. Disponível em: <http://portalpbh.pbh.gov.br/pbh/ecp/comunidade.do?evento=portlet&pIdPlc=ecpTaxonomiaMenuPortal&app=acessoinformacao&tax=38335&lang=pt_BR&pg=10125&taxp=0&>. Acesso em: 08 jun. 2014.

¹²⁰⁶ BELO HORIZONTE. *Balanço 2013 Prestação de Contas*. p 20. Disponível em: <<http://portalpbh.pbh.gov.br/pbh/ecp/noticia.do?evento=portlet&pAc=not&idConteudo=150418&pIdPlc=&app=salanoticias>>. Acesso em: 30 abr. 2014.

¹²⁰⁷ BELO HORIZONTE. *Metas e Resultados: Expansão da Educação Infantil*. Disponível em: <<https://bhmetasresultados.pbh.gov.br/content/expans%C3%A3o-da-educa%C3%A7%C3%A3o-infantil>>. Acesso em: 7 jun. 2014.

¹²⁰⁸ *Ibidem*.

¹²⁰⁹ BELO HORIZONTE. *Novas Umeis reforçam o ensino infantil na região Norte*. Diário Oficial do Município: Ano XIX, n. 4434, publicado em 12 nov. 2013. Disponível em: <http://issuu.com/prefeituradebh/docs/20131112_dom/1/>. Acesso em: 7 jun. 2014.

equipes, organizações e grupos comunitários que desenvolveram soluções inovadoras para desafios urbanos que beneficiam cidades, cidadãos e comunidades urbanas”.¹²¹⁰

Interessante apontar, igualmente, que a PPP de BH foi classificada dentre os 100 (cem) projetos de infraestrutura urbana mais inovadores do mundo, segundo a publicação internacional *Infrastructure 100*, da empresa suíça KPMG, sendo descrita como “o primeiro projeto de PPP na educação do Brasil que irá suprir a urgente necessidade de vagas na educação infantil na capital e maior cidade do estado de Minas Gerais”¹²¹¹ (tradução nossa).

Destarte, depreende-se que, no caso paradigmático de PPP da educação pública no Brasil, foram excluídos, taxativamente, do contrato de concessão administrativa, quaisquer serviços vinculados à gestão pedagógica das unidades de ensino, já que são indelegáveis.

5 Considerações finais

No decorrer da pesquisa, observou-se que a atual Carta Magna está marcada por pontos de retrocesso burocrático, mas também por avanços, porquanto estabeleceu o paradigma do *Estado de Direito Social e Democrático* e normas específicas que asseguram efetivamente a participação da população em setores da administração pública, principalmente nos setores sociais, mostrando que não são serviços a serem desempenhados exclusivamente pelo Poder Público.

Todavia, notou-se que a CF atribuiu demasiado número de serviços ao Estado brasileiro, gerando uma sobrecarga de funções, resquício em uma boa medida da concepção de estado intervencionista e da busca pela superação da histórica desigualdade social.

Em seguida, diferenciou-se o conceito de *parcerias em sentido amplo* – delegação ao setor privado de algumas atividades que atualmente são desempenhadas pela Administração – da definição de *parceria público-privada*, em sentido estrito, ou *PPP*, a qual se refere precisamente às formas de parcerias previstas pela Lei nº 11.079/2004.

Ademais, salientou-se a edição de regulamentos infraconstitucionais disciplinando as parcerias do setor público com o setor privado. Percebeu-se que essas parcerias visam reduzir o aparelhamento do Estado para obtenção de uma gestão menos burocrática. Logo, são instrumentos na busca pela concretização dos objetivos da reforma gerencial e ajustam-se à previsão constitucional da participação do setor privado no desempenho de atividades não exclusivas do Estado.

Notou-se que os contratos de concessão são de longa duração e com eles a Administração atribui ao particular apenas a execução do serviço, pois a titularidade é do poder público que tem o dever de zelar pelo cumprimento do contrato. Ainda, explorou-se as principais características das três modalidades de concessão, quais sejam: a *comum*, a *patrocinada* e a *administrativa*.

¹²¹⁰ GASTWIRTH, Ryann; FOGARTY, Liz. *Financial Times e Citi indicam finalistas para 2013 FT/Citi Ingenuity Awards*. Business Wire: Nova York, 2 out. 2013. Disponível em: <<http://www.businesswire.com/news/home/20131002006555/pt/#.U5RtjXJdWu>>. Acesso em: 3 nov. 2013.

¹²¹¹ KPMG INTERNATIONAL. *Infrastructure 100: World Cities Edition*. Haymarket Network Ltd, 2012, p 22. Disponível em: <http://www.kpmg.com/BR/PT/Estudos_Analises/artigosepublicacoes/Documents/Infraestrutura/Infrastructure-100a.pdf>. Acesso em: 3 nov. 2013.

Posteriormente, examinou-se de forma mais detalhada as modalidades de concessão previstas na Lei nº 11.079/04 – patrocinada e administrativa. Demonstrou-se que as PPPs consistem, principalmente, em formas de financiamento privado aos empreendimentos públicos, pois nesses ajustes o particular fará vultosos investimentos e será remunerado posteriormente. Além disso, constatou-se que a categoria de PPP adequada para projetos na área da educação pública é a *concessão administrativa*.

Seguidamente, elucidou-se que a educação, além de ser um direito fundamental, recebeu tratamento especial na Constituição de 1988, sendo prevista como um *direito público subjetivo* de indispensável importância para o desenvolvimento da sociedade. Além disso, restou confirmado que a educação pública é serviço público a ser oferecido gratuitamente, devendo ser custeado por meio de verbas públicas provenientes de impostos e, por isso, não comporta a cobrança de tarifas.

Todavia, apurou-se que, para dar concretude aos direitos fundamentais, inclusive ao direito à educação, o Estado deve elaborar leis gerais e também desenvolver e implementar políticas públicas que guiem a atividade estatal para que sejam alcançados objetivos coletivos predeterminados e programados.

Nesse contexto, reconhecidas as dificuldades do Estado, com seus recursos insuficientes para alavancar os investimentos em infraestruturas públicas e projetos de interesse social, vislumbrou-se a PPP como ferramenta viável para auxiliar o poder público a materializar o direito fundamental de acesso à educação pública.

Adiante, evidenciou-se que a modalidade de concessão administrativa é a adequada na área da educação pública, tendo sido necessário dividir a sua prestação em *atividades meio* e *atividades fim*. Aquelas foram constadas como delegáveis e essas, por serem fruto de uma *gestão pedagógica*, demandaram uma análise mais aprofundada.

Destarte, passou-se a investigar a viabilidade de delegação da *gestão pedagógica* por meio de PPP, partindo-se da premissa de que essa gestão é um *processo* que demanda no mínimo duas fases: *planejamento* e *execução*.

No tocante à fase do *planejamento das ações* que visam aperfeiçoar o ensino-aprendizagem, concluiu-se não ser cabível a concessão ao parceiro privado, pois não seria adequado que as decisões do concessionário substituíssem as deliberações colegiadas decorrentes da efetiva participação dos servidores lotados na escola, alunos, pais e membros da comunidade.

No que se refere à *fase da execução* dos projetos, percebeu-se que ela é desempenhada pelos professores. Nessa senda, demonstrou-se que esses profissionais da educação são servidores públicos e devem ser contratados *exclusivamente* por meio de concurso público, o que é compatível com a garantia de plano de carreira. Logo, a Administração não poderia firmar contrato para a prestação desse serviço pela empresa concessionária.

Quanto à contratação temporária, por excepcional interesse público, a Administração deverá fazê-lo por processo seletivo disciplinado em lei específica. Destarte, essa contratação não deve ser feita por meio de empresa interposta e, por isso, não poderia ser objeto da PPP. Portanto, restou demonstrado que as atividades atinentes à *segunda etapa da gestão pedagógica* também não poderão ser objeto de delegação ao particular.

Após, certificou-se que o município de Belo Horizonte, Minas Gerais, foi o pioneiro na utilização do instrumento da PPP na área da educação pública como

estratégia para ampliar o acesso da população à educação, tendo assinado contrato de concessão administrativa em julho de 2012.

Com essa parceria, a PBH foi selecionada pela revista britânica *Financial Times* e pelo Banco Citi como finalista regional da América Latina do *Prêmio de engenhosidade: ideias urbanas em ação*. Além do mais, foi classificada dentre os 100 (cem) projetos de infraestrutura urbana mais inovadores do mundo, segundo a publicação internacional *Infrastructure 100*, da empresa suíça KPMG.

Foi observado que, por meio da PPP, houve a delegação ao parceiro privado apenas das *obras e serviços de engenharia* – construção das escolas municipais – e da *prestação de serviços de apoio à operação e ao funcionamento de unidades de ensino da rede municipal de educação básica de Belo Horizonte*, consistentes em, e.g.: serviços administrativos; segurança; manutenção do sistema de fornecimento de água, esgoto, energia e gás; execução de infraestrutura de dados; limpeza e higienização das áreas internas e externas, inclusive com a coleta seletiva dos resíduos; manutenção das instalações prediais, elétricas, jardinagem; controle de pragas e outros.

Depreendeu-se que, nesse caso paradigmático de PPP da educação, foram objetos do contrato apenas serviços de apoio ou *atividades meio*, ficando excluídos, taxativamente, da concessão administrativa, quaisquer serviços vinculados à gestão pedagógica das unidades de ensino justamente por serem indelegáveis.

Da pesquisa realizada, averiguou-se que, não obstante passados 10 (dez) anos da promulgação da Lei nº 11.079/04, ainda há uma carência de iniciativas e de projetos consistentes para implantar PPPs pelos entes da federação, principalmente na área da educação pública.

Aliás, o caso pioneiro de BH é recente e está no segundo ano de execução. Contudo, já apresenta dados satisfatórios quanto ao efetivo aumento do número de vagas disponibilizadas na seara da educação infantil.

Durante a pesquisa, concebeu-se que há falta de vontade política no sentido de implantar programas de governo que abarquem o modelo de PPP previsto na Lei nº 11.079/04 como meio significativo para alavancar os investimentos em infraestruturas públicas e projetos de interesses sociais e educacionais.

Referências

BELO HORIZONTE. *Anexo 5 - Especificações de Projetos e de Obras das Unidades de Ensino*. Disponível em: <http://portalpbh.pbh.gov.br/pbh/ecp/comunidade.do?evento=portlet&pIdPlc=ecpTaxonomiaMenuPortal&app=acessoinformacao&tax=38335&lang=pt_BR&pg=10125&taxp=0&>. Acesso em: 08 jun. 2014.

_____. *Anexo 6 - Especificações Mínimas dos Serviços*. Disponível em: <http://portalpbh.pbh.gov.br/pbh/ecp/comunidade.do?evento=portlet&pIdPlc=ecpTaxonomiaMenuPortal&app=acessoinformacao&tax=38335&lang=pt_BR&pg=10125&taxp=0&>. Acesso em: 08 jun. 2014.

_____. *Anexo 11 - Diretrizes de Governança das Unidades de Ensino*. Disponível em: <http://portalpbh.pbh.gov.br/pbh/ecp/comunidade.do?evento=portlet&pIdPlc=ecpTaxonomiaMenuPortal&app=acessoinformacao&tax=38335&lang=pt_BR&pg=10125&taxp=0&>. Acesso em: 08 jun. 2014.

_____. *Balço 2013 Prestação de Contas*. p. 20. Disponível em: <<http://portalpbh.pbh.gov.br/pbh/ecp/noticia.do?evento=portlet&PAc=not&idConteudo=150418&pIdPlc=&app=salanoticias>>. Acesso em: 30 abr. 2014.

- _____. *Contrato PPP Educação – Parte 1*. Disponível em: <http://portalpbh.pbh.gov.br/pbh/ecp/comunidade.do?evento=portlet&pIdPlc=ecpTaxonomiaMenuPortal&app=acessoinformacao&tax=38335&lang=pt_BR&pg=10125&taxp=0&>. Acesso em: 08 jun. 2014.
- _____. *Metas e Resultados: expansão da educação infantil*. Disponível em: <<https://bhmetasresultados.pbh.gov.br/content/expans%C3%A3o-da-educa%C3%A7%C3%A3o-infantil>>. Acesso em: 7 jun. 2014.
- _____. *Novas Umeis reforçam o ensino infantil na região Norte*. Diário Oficial do Município: Ano XIX, n. 4434, publicado em 12 nov. 2013. Disponível em: <http://issuu.com/prefeituradebh/docs/20131112_dom/1>. Acesso em: 7 jun. 2014.
- _____. *Parecer nº 052/2002 do CME/BH*. Disponível em: <http://portalpbh.pbh.gov.br/pbh/ecp/comunidade.do?evento=portlet&pIdPlc=ecpTaxonomiaMenuPortal&app=cme&tax=20659&lang=pt_BR&pg=8002&taxp=0&>. Acesso em: 11 jun. 2014.
- _____. *Plano Estratégico de Belo Horizonte 2030 – 2ª versão*. Disponível em: <https://bhmetasresultados.pbh.gov.br/sites/all/themes/metaspdf/planejamento_2030.pdf>. Acesso em: 7 jun. 2014.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010. 835 p.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma do Estado para a Cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. 2. ed. Brasília: ENAP, 2011. 268 p.
- BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. 310 p.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. 932 p.
- _____. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012. 932 p.
- FERREIRA, Liliana Soares. Escola, a gestão do pedagógico e o trabalho de professores. In: *Diversa*, ano I, n. 2, pp. 101-116, jul./dez. 2008. Disponível em: <http://www.ufpi.br/subsiteFiles/parnaiba/arquivos/files/rd-ed2ano1_artigo06_Liliana_Ferreira.PDF>. Acesso em: 09 jun. 2014.
- FERREIRA, Liliana Soares. Gestão do pedagógico: de qual pedagógico se fala? In: *Currículo sem Fronteiras*, v. 8, n. 2, pp. 176-189, Jul./Dez. 2008. Disponível em: <<http://www.curriculosemfronteiras.org/vol8iss2articles/ferreira.pdf>>. Acesso em: 11 jun. 2014.
- GASTWIRTH, Ryann; FOGARTY, Liz. *Financial Times e Citi indicam finalistas para 2013 FT/Citi Ingenuity Awards*. Business Wire: Nova York, 2 out. 2013. Disponível em: <<http://www.businesswire.com/news/home/20131002006555/pt/#.U5RtjXJdWuJ>>. Acesso em: 3 nov. 2013.
- KPMG INTERNATIONAL. *Infrastructure 100: World Cities Edition*. Haymarket Network Ltd, 2012, 99 p. Disponível em: <http://www.kpmg.com/BR/PT/Estudos_Analises/artigoasepublicacoes/Documents/Infraestrutura/Infrastructure-100a.pdf>. Acesso em: 3 nov. 2013.
- MALISKA, Marcos Augusto. *O direito à educação e à constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001. 304 p.
- NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Parcerias Público-Privadas: perspectiva constitucional brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. 268 p.
- PARO, Vitor Henrique. *Gestão Democrática da Escola Pública*. São Paulo: Ática, 2002.
- PASCARELLI FILHO, Mario. *A nova administração pública: profissionalização, eficiência e governança*. São Paulo: DVS, 2011. 102 p.
- PEIXINHO, Manoel Messias (Coord.). *Marco Regulatório das Parcerias Público-Privadas no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010, p 43, (total são 208).
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2010. 923 p.
- SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias Público-Privadas*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. 606 p.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *A construção e a gestão de presídios por meio de concessões administrativas*. Palestra proferida no XIII Congresso Goiano de Direito Administrativo. Goiânia – GO, em 15 de maio de 2014.

VARGAS, Denise. *Manual de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 734 p.

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

BOLIVAR, Lizandra Correia. Parceria Público-Privada na área da educação pública: uma análise jurídica da atribuição da gestão pedagógica ao particular. In: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). Problemas emergentes da Administração Pública. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. *Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 415-436

DA JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS À NECESSIDADE DE RESPEITO ADMINISTRATIVO AOS PRECEDENTES JUDICIAIS: UMA ANÁLISE EMPÍRICA DA JURISPRUDÊNCIA DO TRF4 SOBRE O DIREITO À SAÚDE

LUZARDO FARIA

1 Introdução

A Constituição Federal de 1988 foi inovadora ao elencar dentro do seletor rol de direitos fundamentais os direitos sociais. Essa *eficácia jurídica reforçada*¹²¹² justifica-se pela busca irrefutável da realização dos objetivos fundamentais da República.¹²¹³ No entanto, passados mais de 25 anos da promulgação da Lei Fundamental, esse conteúdo mais denso, sustentado pela singular força jurídico-normativa dos direitos fundamentais, não se demonstrou, por si só, como a panaceia das mazelas sociais enfrentadas pela sociedade brasileira.

Nesse novo paradigma de Estado Social de Direito, o Poder Judiciário brasileiro vem sendo elevado a uma categoria de importância inédita. O controle judicial de políticas públicas, todavia, acaba, muitas vezes, por intervir indevidamente nas competências da Administração Pública, prejudicando todo o Poder Público – e, conseqüentemente, também a sociedade civil.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso, o direito público brasileiro, de modo geral, está passando por um fenômeno que o transpõe, abruptamente, “*da falta de efetividade à judicialização excessiva*”. Para o Ministro do Supremo Tribunal Federal, se, em um primeiro momento, sofria-se com a carência de políticas públicas eficazes e bem planejadas – o

¹²¹² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 73.

¹²¹³ *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. “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.”

que levou a saúde e a educação pública, por exemplo, às péssimas condições em que se encontram hoje; no atual cenário, com a *força normativa da Constituição*, judicializou-se excessivamente esse problema, induzindo a concessões judiciais razoáveis, seja por seu alto custo ou pela sua falta de essencialidade.¹²¹⁴

Desse modo, aqui se reconhece – como não se poderia deixar de fazer – a crucial importância de um Judiciário voltado à concretização dos mandamentos constitucionais. O ativismo judicial descomedido, no entanto, pode ser tão prejudicial ao Estado Democrático e Social de Direito quanto a omissão administrativa.

Aceita-se aqui, portanto, o desafio lançado por Clèmerson Merlin Clève, para quem “no universo dos direitos sociais é preciso continuar o esforço doutrinário, superar dogmas e mitos, bem como promover a participação popular”.¹²¹⁵ Sendo assim, a solução da problemática apresentada parece extrapolar os limites da atuação jurisdicional, convocando a Administração Pública a operar em um campo onde, atualmente, descansa em sua passividade.

2 A judiciabilidade dos direitos fundamentais sociais: entre efetividade constitucional e ativismo judicial

Até a promulgação da Constituição Federal de 1988, o ordenamento jurídico brasileiro não previa meios proveitosos de efetivação dos direitos sociais. Seu conteúdo era considerado meramente programático. Não passavam, portanto, de enunciados recordativos ao Poder Legislativo, que deveria regulamentar tais normas para que então pudessem ser efetivadas.¹²¹⁶

Com a nova Lei Fundamental, a ordem jurídico-constitucional brasileira sofre uma transição paradigmática. Instituído o Estado Social e Democrático de Direito, o Poder Público não mais necessita – aliás, nem deve – aguardar a produção legislativa ordinária para buscar a efetivação dos direitos sociais.

Nesse novo cenário, os direitos sociais são considerados direitos integralmente fundamentais,¹²¹⁷ tanto material – sua efetivação é imprescindível para a concretização da dignidade da pessoa humana – quanto formalmente – estão dispostos no Título II do texto constitucional, o qual é denominado “*dos direitos e garantias fundamentais*”.

¹²¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 875-903.

¹²¹⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional emancipatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 30.

¹²¹⁶ Essa ordem passiva, que, ao encarar os direitos sociais como normas programáticas, esperava a atuação legislativa concretizante é criticada em: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 152.

¹²¹⁷ A jusfundamentalidade dos direitos sociais não é, todavia, tema pacífico na doutrina constitucional. Apesar de esta problemática não ser o foco deste artigo, pode-se, sistematicamente, ressaltar três linhas de pensamento contrárias àquela ora defendida: (i) uma que defende que os direitos sociais são juridicamente fundamentais apenas em sua parcela necessária para a participação do processo democrático (Cf. NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997.); (ii) uma para qual a jusfundamentalidade dos direitos sociais acompanha tão somente o seu conteúdo de mínimo existencial (Cf. TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.); (iii) e, por fim, a que defende a inaplicabilidade do regime jurídico dos direitos fundamentais individuais, civis e políticos aos direitos sociais (Cf. GEBRAN NETO, João Pedro. *A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais: a busca de uma exegese emancipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.).

José Afonso da Silva, nessa linha, destaca que consiste em severa violação ao princípio da dignidade da pessoa humana uma sociedade na qual preponderam grandes desigualdades sociais, econômicas e culturais.¹²¹⁸ Dessa forma, é incabível se falar em *vida digna* em uma comunidade na qual milhões de homens e mulheres são diariamente torturados pela falta de condições básicas de saúde, educação, moradia, etc. Estão inseridos, portanto, no rol de direitos que compreendem os valores básicos e as decisões axiológicas da sociedade brasileira.¹²¹⁹

A Constituição Federal, em seu art. 5º, §1º, confere a todos os direitos fundamentais a condição de serem aplicados imediatamente, ou seja, sem depender de legislação infraconstitucional regulamentadora para serem efetivados.¹²²⁰ Com isto, os direitos fundamentais – dada a sua suma importância para a realização dos objetivos fundamentais da República – prescindem de regulamentação para poderem gerar efeitos na ordem jurídica, podendo, inclusive, serem requeridos em juízo. Vinculam, ainda, todo o Poder Público – e também a sociedade civil – à sua efetivação.

Há, no entanto, parte da doutrina que entende que o instituto da *aplicabilidade imediata* não deveria ser estendido aos direitos sociais – ao menos não em seu conteúdo integral. Dentre os argumentos utilizados para rebater a tese de que os direitos sociais são imediatamente aplicáveis em sua integralidade, o mais fortemente suscitado é aquele de que os direitos sociais, por serem, em tese, direitos que exigem uma prestação do Estado, não poderiam ser integralmente aplicados de modo imediato – tampouco pleiteados judicialmente – tendo em vista a exigência de altos custos financeiros à máquina estatal.¹²²¹

Aqui não se está pretendendo que o Estado concretize os anseios e as aspirações de todos os cidadãos em sua integralidade. Em um país de dimensões continentais como o Brasil, é inegável a impossibilidade fática de se assegurar a toda a população as perfeitas condições de saúde, moradia, educação, segurança, etc. Os recursos financeiros estatais são, indiscutível e obviamente, escassos. No entanto, em respeito ao art. 5º, §1º da Constituição, bem como ao princípio da máxima efetividade constitucional, a *reserva do financeiramente possível* não pode ser aceita como um obstáculo genérico à aplicabilidade dos direitos sociais, mas como um direcionador da forma pela qual deverão ser alocados os recursos públicos,¹²²² não constituindo uma atenuante ou excludente da responsabilidade extracontratual do Estado.¹²²³

Além disso, quando se está falando de ativismo judicial e de judicialização da saúde, deve-se lembrar da existência de outras duas reservas legais oponíveis à efetivação dos direitos sociais pela via judicial: (i) a *reserva imanente de ponderação* e (ii) a *reserva do politicamente oportuno ou adequado*. Segundo lições de Jorge Reis Novais, a primeira caracteriza-se pelo dever incondicional do juiz de ponderar o direito à saúde com os

¹²¹⁸ SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 106

¹²¹⁹ HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. f. 67.

¹²²⁰ *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. “Art. 5º, §1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

¹²²¹ Esta posição é defendida, por exemplo, em PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta, 2007. p. 60.

¹²²² CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional emancipatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 29.

¹²²³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 243.

mais diversos outros direitos que estiverem em conflito no caso concreto.¹²²⁴ Afinal, como lembra o constitucionalista alemão Martin Borowski, “os direitos garantidos como princípios são direitos limitáveis”.¹²²⁵ A segunda, objetiva o respeito às decisões legislativas e administrativas, tomadas após longos debates realizados com os membros eleitos pela população para geri-la.

No entanto, apesar da incidência irrefutável dessas reservas, o entendimento mais compartilhado pela doutrina constitucionalista atualmente é o de que, ao se tratar da parcela relativa ao núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, há a consolidação de um *direito público subjetivo oponível ao Estado*,¹²²⁶ caracterizado pela possibilidade de requerimento judicial.¹²²⁷ Esse posicionamento, inclusive, é compartilhado também em plano internacional, pelo Comitê de Direitos Econômicos, Culturais e Sociais da Organização das Nações Unidas (ONU).¹²²⁸

Com esses elementos, o Poder Judiciário passa a assumir, nesse novo formato da organização e separação dos poderes, um inédito papel de importância na concretização e na efetivação dos direitos fundamentais sociais. Nesse contexto, Oscar Vilhena Vieira, criticando a excessiva judicialização da política e o consequente ativismo judicial exacerbado, diz estarmos vivendo em uma “supremocracia”.¹²²⁹ Daniel Wunder Hachem, referindo-se a esta problemática, afirma que o Judiciário se tornou uma “porta das esperanças”¹²³⁰ daqueles que não recebem da Administração Pública a tutela de seus direitos fundamentais sociais.

Apesar de que se entenda, consoante lição do constitucionalista português Jorge Miranda, que os direitos fundamentais vinculam positivamente os órgãos jurisdicionais à sua máxima efetivação possível,¹²³¹ deve-se entender que, em alguns casos, a via judicial não é o caminho mais adequado para a satisfação das necessidades sociais dos cidadãos. Lista-se, para isso, três básicos motivos: (i) o acesso ao Poder Judiciário é limitado às classes média e alta da população – deixando ao relento àqueles que mais precisariam da tutela judicial; (ii) a maior parte das ações judiciais que têm por objeto prestações de direitos fundamentais sociais é de cunho individual e não coletivo; (iii) o planejamento de políticas públicas, voltadas ao atendimento de todas as esferas da sociedade, compete à Administração Pública.¹²³²

¹²²⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 273.

¹²²⁵ “Los derechos garantizados mediante principios son derechos limitables”. BOROWSKI, Martin. La restricción de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 20, num. 59, Mayo-Agosto 2000. p.40.

¹²²⁶ Sobre a noção de direito público subjetivo: “Cuando un ciudadano se ve perjudicado en su ámbito material o moral de intereses por actuaciones administrativas ilegales adquiere, por la conjunción de los elementos de perjuicio y de la ilegalidad, un derecho subjetivo a la eliminación de esa actuación ilegal, de modo que se defienda y se restablezca la integridad de sus intereses”. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. 11. ed., vol. II. Madrid: Thomson-Civitas, 2008. p. 34-54

¹²²⁷ Esse entendimento é difundido, entre outros, pelos seguintes autores: BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 280; CLÈVE, Clémerson Merlin. *Para uma dogmática... Op. Cit.* p. 27-28; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia... Op. Cit.* p. 411-414; TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 87-89.

¹²²⁸ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002. p. 85-86, 193.

¹²²⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. *Revista Direito GV8*. São Paulo. vol. 4. n. 2. p. 441-463. jul./dez. 2008.

¹²³⁰ HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa... Op. Cit.* f. 48-54.

¹²³¹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. vol. IV, 2. ed., Coimbra: Coimbra, 1993. p. 283-284.

¹²³² HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil)*, v. 13, n. 13, Curitiba, p. 340-399, jan./jul. 2013. p. 353.

3 A judicialização dos direitos fundamentais sociais na prática: uma análise empírica da jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região

Para ilustrar o cenário de judicialização dos direitos fundamentais sociais ao qual aqui se refere, realizou-se uma pesquisa jurisprudencial no Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Justiça Federal do Paraná, de Santa Catarina e do Rio Grande do Sul) a respeito dos casos que versavam sobre a concessão judicial de medicamento para tratamento de Hepatite C. Ao todo, foram analisadas as 89 ações julgadas naquele tribunal com esse objeto entre os anos de 2007 e 2014.

Para se realizar esta pesquisa, buscou-se, no sistema eletrônico de pesquisa de jurisprudência do TRF-4, por “hepatite c”, “medicamento” e “individual” e por “hepatite c”, “medicamento” e “coletivo”. Depois de mais de 400 resultados oferecidos com essas variáveis, chegou-se aos 89 casos que de fato tratavam, no mérito, do tema da pesquisa. Com base nesse universo, separou-se as ações em grupos a partir das seguintes perguntas, as quais possibilitaram as conclusões que serão descritas adiante: (i) o pedido foi realizado individual ou coletivamente? (ii) O pedido foi concedido? (iii) Quais foram os fundamentos para justificar a negativa da concessão?¹²³³ (iv) Qual era a eficácia do tratamento postulado? (v) Foi analisada a situação financeira do requerente? Se sim, isso foi relevante para a concessão? (vi) Houve um requerimento prévio em âmbito administrativo desse medicamento?

A primeira constatação relevante que se tira é a comprovação de que, na maior parte dos casos, a demanda judicial de prestação de saúde é realizada individualmente. Nas ações analisadas, percebeu-se que 95,5% dos casos se tratavam de um pedido individual. O cenário é grave: além de inflar a máquina judiciária, esse número tão grande de ações individuais – que poderiam ser substituídas por algumas poucas na via coletiva –, acarreta um tratamento desigual aos cidadãos por parte do Poder Público. Por mais que a jurisprudência sobre esse tema já esteja bem desenvolvida e praticamente pacificada, a individualização excessiva de prestações de saúde acaba por dar preferência àqueles que possuem as condições financeiras e os conhecimentos necessários para acessar o Judiciário, excluindo dos benefícios as classes menos abastadas, que vêm a ser exatamente a parcela da população brasileira que mais precisa do fornecimento gratuito daqueles medicamentos. Como se não bastasse, existe ainda outro problema: em demandas individuais o juiz não se preocupa com todo o contexto econômico, jurídico e social que o envolve. Buscando apenas a realização de uma *micro justiça*, não raramente condena o Estado ao dispêndio de altos valores, o que pode inviabilizar o bom planejamento financeiro das políticas públicas de saúde.

Os quatro casos de demanda coletiva, vale ressaltar, foram julgados improcedentes, pelo motivo de não se poder fazer uma concessão ampla e genérica dos medicamentos

¹²³³ A pergunta foi direcionada apenas aos casos em que houve a negativa da concessão, pois a fundamentação dos casos em que o medicamento postulado foi concedido baseava-se nos seguintes argumentos básicos: (i) o direito à saúde, enquanto direito social, foi elevado, com a Constituição Federal de 1988, à condição de direito integralmente fundamental; (ii) O Estado, em atendimento ao art. 5º, §1º da CF, possui o dever constitucional de efetivar os direitos fundamentais sociais imediatamente; (iii) Não cabem quaisquer alegações de impossibilidade financeira ou intervenção de competência para impedir a concessão, uma vez que o direito à saúde guarda uma inerente relação com o direito à vida e com a dignidade da pessoa humana.

postulados, visto que diferentes genótipos (níveis) da doença de Hepatite C requerem diferentes tratamentos. Sendo assim, na visão dos magistrados, a via individual seria a mais correta para a tutela desse direito.¹²³⁴ Percebeu-se, inclusive, que todos os magistrados que proferiram tais decisões, concederam o medicamento postulado em outras oportunidades, quando realizado o requerimento individualmente. No entanto, por mais que, de fato, não se possa conceder genericamente os medicamentos pelo motivo de cada genótipo da doença requerer um tratamento diferente, o mínimo que poderia se esperar do Poder Judiciário é que realizasse uma concessão coletiva de determinado medicamento ao menos para aqueles cidadãos que se encontrassem nas mesmas situações que os possibilitariam uma decisão positiva pela via individual.

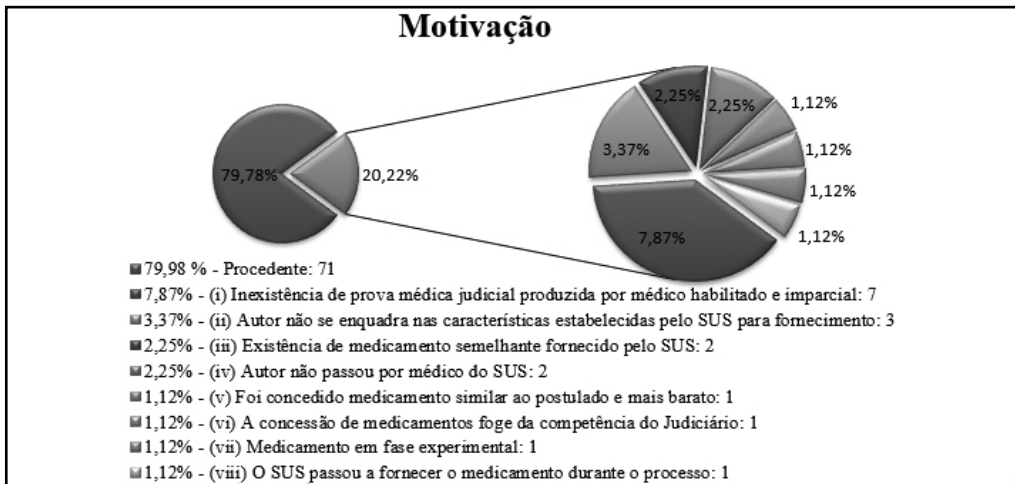
A judicialização da saúde é, como já citado anteriormente, tema recorrente no Direito brasileiro. Já é de algum tempo que se percebe o aumento das ações judiciais postulando o fornecimento gratuito de medicamentos. Para acompanhar esse avanço, doutrina e jurisprudência desenvolveram-se e adaptaram-se a essa nova realidade. O Supremo Tribunal Federal, nesse contexto, ao julgar a STA 175 no ano de 2010, determinou parâmetros para orientar os juízes nesses casos.¹²³⁵ Mais recentemente, em maio de 2014, o Conselho Nacional de Justiça promoveu a I Jornada Nacional de Direito da Saúde, aprovando 45 enunciados interpretativos sobre essa problemática.¹²³⁶ Com base nisso, impera-se uma análise da observância desses parâmetros e enunciados nos julgamentos dos casos concretos.

Nessa esteira, uma interessante análise que pode ser realizada é sobre a proporção de (im)procedência dos pedidos. Das 85 ações individuais, em 71 ocasiões o medicamento foi fornecido, sendo justificado, em grande parte das vezes, que o direito à saúde, por sua jusfundamentalidade e pela relação inerente que mantém com o direito à vida, deve ser efetivado pelo Poder Público, cabendo ao Judiciário essa função, quando a Administração se fizer omissa. Para julgar improcedente o pedido, diversos foram os argumentos adotados nos outros 18 casos, como fica ilustrado no gráfico a seguir:

¹²³⁴ As quatro decisões que negaram provimento ao pedido de concessão judicial do medicamento foram as seguintes: TRF4, AG 5021220-97.2012.404.0000, Terceira Turma, Relator Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, juntado aos autos em 18/12/2012; TRF4, EINF 2006.70.00.000547-6, Segunda Seção, Relator Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, D.E. 25/06/2010; TRF4, AC 0005010-02.2003.404.7201, Quarta Turma, Relatora Marga Inge Barth Tessler, D.E. 24/05/2010; TRF4, MCI 2009.04.00.046142-0, Quarta Turma, Relator Sérgio Renato Tejada Garcia, D.E. 15/01/2010.

¹²³⁵ Esses parâmetros são explicados sistematicamente em: MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 639-642.

¹²³⁶ Os enunciados podem ser conferidos pelo site: <http://www.cnj.jus.br/images/eventos/L_jornada_forum_saude/_ENUNCIADOS%20APROVADOS%20NA%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20DA%20SADE%20-%20PLENARIA%2015-5-14_revisado%20Carmem%203.pdf> Acesso em 17 de jun. de 2014.



Fonte: Elaborado pelo autor, com base nos julgados elencados no apêndice deste trabalho.

Evidencia-se, assim, que nos casos em que foi julgado improcedente o pedido, observou-se, de modo praticamente pacífico¹²³⁷ os parâmetros e enunciados citados acima: (i) a prova pericial médica sobre a necessidade do medicamento é medida que se impõe, visto que seria irracional o Judiciário determinar o fornecimento de um medicamento ineficaz ou desnecessário;¹²³⁸ (ii) o respeito às características determinadas pelos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) estabelecidos pelo SUS demonstra um apreço às decisões administrativas previamente tomadas;¹²³⁹ (iii e v) o fornecimento de medicamento semelhante, mas igualmente eficaz, já distribuído pelo SUS, é mais uma demonstração de respeito às decisões administrativas;¹²⁴⁰ (iv) a consulta com médico habilitado do SUS justifica-se pela intencionada imparcialidade desses

¹²³⁷ O caso em que se justificou a não concessão do medicamento por interferência judicial ilegítima nas competências da Administração Pública é o único que destoava desse cenário, uma vez que, como explicado anteriormente, a Constituição permite que o Poder Judiciário determine a efetivação de direitos fundamentais sociais (ao menos) quando se está analisando a parcela mínima necessária a uma vida com dignidade desses direitos.

¹²³⁸ Essa lição pode ser apreendida dos Enunciados de nº 12 (“A inefetividade do tratamento oferecido pelo Sistema Único de Saúde (SUS), no caso concreto, deve ser demonstrada por relatório médico que a indique e descreva as normas éticas, sanitárias, farmacológicas (princípio ativo segundo a Denominação Comum Brasileira) e que estabeleça o diagnóstico da doença (Classificação Internacional de Doenças), tratamento e periodicidade, medicamentos, doses, e fazendo referência também à situação do registro na Anvisa”), de nº 14 (“Não comprovada a inefetividade ou a impropriedade dos medicamentos e tratamentos fornecidos pela rede pública de saúde, deve ser indeferido o pedido não constante das políticas públicas do Sistema Único de Saúde.”) e de nº 16 (“Nas demandas que visam ao acesso a ações e serviços de saúde diferenciada daquelas oferecidas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o autor deve apresentar prova da evidência científica e também a inexistência, a inefetividade ou a impropriedade dos procedimentos ou medicamentos constantes dos protocolos clínicos do SUS”).

¹²³⁹ É o que se denota do Enunciado nº 4: “Os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) são elementos organizadores da prestação farmacêutica, e não limitadores. Assim, no caso concreto, quando todas as alternativas terapêuticas previstas no respectivo PCDT já tiverem sido esgotadas ou forem inviáveis no quadro clínico do paciente usuário do Sistema Único de Saúde (SUS), pelo princípio do art. 198, III, da CF, pode ser determinado judicialmente o fornecimento, pelo SUS, do fármaco não protocolizado.”

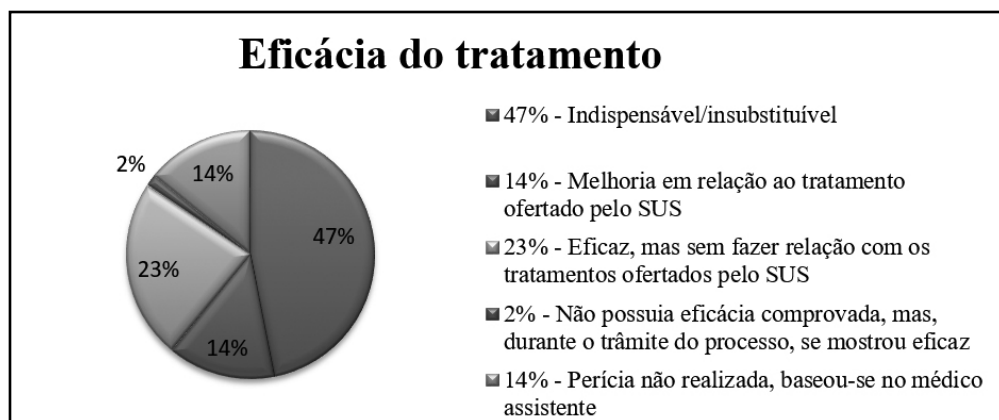
¹²⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso...* Op. Cit. p. 641.

profissionais;¹²⁴¹ (vi) a proibição de concessão de medicamento em fase experimental é medida necessária para garantir a própria segurança física dos cidadãos.¹²⁴²

Restam, ainda, todavia, dúvidas sobre a observância dessas orientações nos casos em que foi concedido o pedido, visto que os magistrados não passaram por todos esses pontos durante a fundamentação de seu voto. Percebeu-se, por exemplo, que em apenas 14 casos foi citado o fato de o autor ter sido avaliado por médico habilitado do SUS.

Uma certa desobediência a esses critérios pode ser observada na questão da análise da eficácia do tratamento postulado. A eficácia e a necessidade do medicamento são, como citado acima, dois requisitos essenciais para que se admita a concessão judicial, devendo-se sempre, ao apreciar a situação do demandante, verificar a possibilidade de substituição por medicamento já fornecido pelo SUS. Essa questão, entretanto, só foi sucitada em 64 casos (75%) existindo, portanto, outras 21 decisões (25%) proferidas sem sequer ter-se feito menção à eficácia do medicamento pleiteado.

Tomando-se por base aqueles casos em que se analisou a eficácia do medicamento pleiteado, chega-se ao seguinte gráfico:



Fonte: Elaborado pelo autor, com base nos julgados elencados no apêndice deste trabalho.

Conclui-se desses números que em 34 casos o medicamento concedido não era indispensável à vida do autor ou insubstituível por outro remédio já fornecido pelo SUS. Nessas situações, denota-se uma indevida interferência por parte do Poder Judiciário nas competências da Administração Pública, que, por meio da Portaria nº 863/2002 do Ministério da Saúde, já determinou quais medicamentos serão ofertados gratuitamente para o tratamento de Hepatite C, bem como as características nas quais deve se encontrar o paciente para esse recebimento. Fica claro, portanto, que nesses casos

¹²⁴¹ Esta orientação pode ser interpretada a partir do Enunciado nº 13: “Nas ações de saúde, que pleiteiam do poder público o fornecimento de medicamentos, produtos ou tratamentos, recomenda-se, sempre que possível, a prévia oitiva do gestor do Sistema Único de Saúde (SUS), com vistas a, inclusive, identificar solicitação prévia do requerente à Administração, competência do ente federado e alternativas terapêuticas.”

¹²⁴² A precaução é sinalizada no Enunciado nº 6: “A determinação judicial de fornecimento de fármacos deve evitar os medicamentos ainda não registrados na Anvisa, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei.”

não foram observadas as reservas legais de ponderação e do politicamente oportuno ou adequado, citadas anteriormente. Além disso, em 23% dos casos o juiz apenas acatou a comprovação de medicamento postulado, sem fazer qualquer comparação com aqueles ofertados pelo SUS para o tratamento da mesma moléstia.

Evidencia-se, ainda, outro grave problema: em 14% dos casos o medicamento foi concedido sem ter sido realizada perícia judicial por médico habilitado e imparcial, o que vai contra os parâmetros e enunciados citados acima. O magistrado, em plena realização de um serviço estatal e determinando a destinação de verbas públicas, não pode, jamais, deixar de tomar todos os cuidados existentes – e aos quais é orientado – para que a sua decisão seja a mais benéfica para a população.

Ainda sobre a eficácia do tratamento, percebeu-se, durante a pesquisa, mais um exemplo da falta de respeito dos magistrados com as decisões previamente planejadas e tomadas pela Administração: a Portaria do Ministério da Saúde apontada supra determina que os medicamentos “*interferon peguilado*” e “*interferon-alfa*” serão fornecidos a todos os cidadãos que se encaixarem nas características ali definidas, com exceção daqueles que já tiverem feito tratamento anterior com “*interferon*”, não tendo obtido sucesso na cura da doença, pelo motivo de o retratamento ser considerado, pelo SUS, como possivelmente lesivo à saúde. Em 13 dos analisados casos, entretanto, os peritos médicos deixaram claro que o autor já tinha feito tratamento com “*interferon*”, mas que, na sua concepção, o mais indicado seria fazer um novo tratamento, com pelo menos um daqueles medicamentos citados acima. Os juízes, em todas essas situações, seguiram as orientações periciais, sem relevar a posição tomada pelo SUS.

O ativismo judicial nesse cenário, portanto, parece não conhecer limites. Em apenas 9 decisões os juízes trataram da possibilidade da incidência das reservas legais impossibilitarem a concessão. Em todos os votos, no entanto, foi dispensada a ponderação, visto que o medicamento pleiteado estava integrado, na visão do magistrado, ao mínimo existencial. Infelizmente, em nenhuma ocasião tratou-se ao menos do que significava esse mínimo existencial.

Outra importante constatação que deve ser ressaltada é aquela obtida a partir da pergunta referente à situação financeira e sócio-econômica do requerente. Em apenas 25 dos 89 casos (28%) o magistrado levou este fator em consideração, sendo que em 4 casos deixou claro que a concessão estava sendo direcionada a alguma pessoa com possibilidade financeira de custear o tratamento no âmbito privado, mas que essa questão não importava para sua decisão, visto que o Estado possui o dever constitucional de efetivar o direito à saúde a todos os cidadãos. Essa lógica, fundada na leitura legalista da Constituição, não compreende os direitos fundamentais como princípios (no sentido de mandados de otimização) que são. De fato, a letra da norma constitucional assevera que a saúde é direito de todos. No entanto, deve o magistrado saber que, impossibilitado o Estado de fornecer gratuitamente medicamentos para toda a população brasileira por razões de ordem financeira, deve-se privilegiar aqueles que não possuem condições de custear o tratamento postulado. Com isso, reduz-se, em certo grau, a característica de universalidade dos direitos sociais, para poder garanti-los aos cidadãos que faticamente não gozam das condições necessárias para desfrutar de saúde, educação, moradia, etc., no âmbito das relações jurídicas privadas.

Poder-se-ia citar mais inúmeras conclusões obtidas com a pesquisa realizada. O que se intencionou demonstrar, no entanto, é que o Judiciário (também) falha quando

busca, isoladamente, a efetivação dos direitos fundamentais sociais. Não se pode, portanto, pensar que a judicialização seria a solução para os problemas enfrentados pela falta de efetividade dos direitos fundamentais sociais no Brasil. A via judicial, aliás, deve ser entendida como a *ultima ratio* dessa problemática. Afinal, pensar exclusivamente na satisfação individual de tais direitos para cada cidadão, como é feito nas ações judiciais, acarreta em problemas estruturais para a Administração Pública, impossibilitando-a de cumprir com todos os seus deveres constitucionais (e não só aquele relativo à efetivação de determinada posição jurídica jusfundamental).¹²⁴³

O que se necessita, então, é a identificação de alternativas mais eficientes e eficazes, capazes de realizar uma justiça social igualitária e que coloquem a máquina estatal nos trilhos que levarão à concretização dos objetivos intentados pela Constituição.

4 Por um Direito Administrativo Constitucional: os direitos fundamentais sociais que integram o interesse público

Compreendidos os motivos que permitem a judiciabilidade dos direitos fundamentais sociais na atual ordem jurídico-constitucional brasileira e os problemas advindos do ativismo judicial descabido (consequência dessa judicialização excessiva), deve-se agora buscar algumas soluções para o problema que se demonstrou acima. Conforme se citou ao longo do texto, existem incontáveis contribuições bibliográficas de qualidade sobre o tema da judicialização dos direitos fundamentais sociais. Limitam-se, entretanto, no mais das vezes, ao campo do Direito Constitucional, tratando – ora mais genérica, ora mais especificamente – dos assuntos tratados anteriormente neste artigo. No entanto, por mais que toda a justificativa jurídica para a judiciabilidade dos direitos fundamentais sociais (e dos seus limites) se funde em bases constitucionais, a decisão dos tribunais, quando favorável aos cidadãos – e é assim na maioria dos casos –, deverá ser cumprida pelo Poder Executivo, incumbindo-o de um dever de prestação fática. Deve-se, dessa forma, com foco na atuação da Administração Pública, estudar novos meios de se resolver esse problema.

Para isso é imperioso, inicialmente, entender os motivos que ocasionaram esse certo “rechaço” existente com a utilização e o estudo do Direito Administrativo no tema da judicialização dos direitos fundamentais sociais. O Direito Administrativo e o Direito Constitucional possuem em sua origem um fenômeno em comum: a instituição do Estado de Direito, entre os séculos XVIII e XIX.¹²⁴⁴ Com a submissão do poder estatal à ordem jurídica, primou-se em estudar a estrutura, o funcionamento e o regime jurídico dessa nova organização submetida à lei, bem como os motivos teóricos e os objetivos práticos advindos dessa submissão.

¹²⁴³ O termo é utilizado por Robert Alexy ao tratar da teoria da multifuncionalidade dos direitos fundamentais, segundo a qual cada direito fundamental considerado “como um todo” é um feixe de diversas posições jurídicas jusfundamentais, isto é, de variados outros direitos mais específicos, advindos de tal feixe. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, 2. ed., 2. tir. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012. p. 163-249.

¹²⁴⁴ A origem histórica do Direito Administrativo é tratada em: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 38-43. Quanto à origem do Direito Constitucional, ver: BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 32-55.

Sebastian Martín-Retorillo leciona que, apesar da origem comum, com o passar do tempo foram acentuando-se as distinções e as separações das referidas matérias. Para o autor espanhol, o Direito Administrativo experimentou uma fuga do Direito Constitucional, causada, em grande parte, pela descontinuidade histórica e pela falta de força jurídica das normas constitucionais em detrimento da perpetuidade das práticas burocráticas vivenciadas no âmbito administrativo.¹²⁴⁵ Alfredo Gallego Anabitarte, tratando do direito espanhol, mas em lição que também caberia perfeitamente às instituições brasileiras, diz que esse afastamento levou “a um Direito Administrativo espanhol *acéfalo*, por causa de sua escassa relação com o Direito Constitucional, e *anacrônico*, por sua ruptura com uma consciência histórico-jurídica própria”.¹²⁴⁶

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, todavia, erigiu-se para transformar essa lógica. Apesar de ainda trazer entre os princípios constitucionais que regem a Administração Pública (art. 37, *caput*) o da legalidade, seu sentido é diverso daquele emanado das outras Constituições. Atualmente, não se fala mais apenas de uma legalidade estrita, que vincula a atividade administrativa somente aos mandamentos positivos da lei ordinária e formal. “O princípio da legalidade transmuda-se, assim, [...] em *princípio da juridicidade*, compreendendo sua subordinação à Constituição e à lei, nessa ordem”.¹²⁴⁷

Sendo assim, com o advento da Constituição de 1988, toda a Administração Pública passa a estar vinculada à *efetivação dos direitos fundamentais e à concretização da dignidade da pessoa humana*, ainda que para isso deva atuar contra ou à margem da lei formal. Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, nessa linha, é efusivo ao determinar que o *Direito Administrativo Constitucional* está voltado à maximização dos direitos fundamentais. Isso porque no paradigma do Estado Social de Direito, o *interesse público*, cuja supremacia sobre o interesse privado é princípio norteador da atividade administrativa, é revestido pela satisfação dos direitos fundamentais (principalmente, nesse contexto, os de caráter social, econômico e cultural).¹²⁴⁸

Esse interesse público, aliás, não deve ser entendido tão somente de um modo amplo, que o caracteriza, conforme lições resultadas da pioneira teoria desenvolvida por Celso Antônio Bandeira de Mello, como o conjunto de interesses acumulados pelos indivíduos em sua qualidade de membros da sociedade.¹²⁴⁹ Deve-se, para além disso, em um sentido mais amplo, ser entendido como o interesse geral da coletividade considerada em si mesma.¹²⁵⁰ A partir desse prisma, portanto, é que não se pode admitir o excesso da atuação jurisdicional em matéria de direitos fundamentais sociais, já que esse fenômeno tem por consequência – quase que inevitável – o tratamento anti-isonômico dos cidadãos.

¹²⁴⁵ MARTÍN-RETORILLOBAQUER, Sebastian. *El Derecho Civil en la Genesis del Derecho Administrativo y de sus Instituciones*. 2. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1996. p. 215.

¹²⁴⁶ “[...] a un Derecho Administrativo español acéfalo por su escasa conexión con el Derecho Constitucional y ahistórico por su ruptura con una conciencia histórico-jurídica propia.” GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. *Derecho Administrativo: programa, sistemática y guía para su estudio*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 1973. p. 35.

¹²⁴⁷ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, 2005. p. 31-32.

¹²⁴⁸ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Los derechos fundamentales en el Estado social y el Derecho Administrativo Constitucional. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, año XXV, nº 293, Buenos Aires, Ediciones RAP, p. 15-22, feb. 2003. p. 17.

¹²⁴⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso... Op. Cit.* p. 62.

¹²⁵⁰ HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 181-194.

5 A exploração da dimensão objetiva dos direitos fundamentais sociais e o respeito administrativo aos precedentes judiciais

Por todos os motivos expostos até aqui, entende-se que o desenvolvimento da Administração Pública deve acompanhar as mudanças ocorridas no Direito Constitucional, adaptando-se, cada vez mais, à nova realidade jurídico-constitucional que se impõe. No tema da judicialização dos direitos fundamentais sociais, porém, esse acompanhamento parece não ter sido realizado. O que impera atualmente nesse cenário é uma noção de direito público subjetivo nascida no século XIX, quando o Direito Administrativo era estudado a partir de uma *lógica liberal-individualista*. Nesse contexto, não havia grandes problemas em o Judiciário determinar que a Administração se abstinhasse ou se afastasse de determinada situação, afinal, eram tutelados apenas direitos fundamentais de liberdade.

No Estado Social de Direito, entretanto, o Judiciário impõe à Administração *deveres positivos de prestação*. Esse fenômeno, todavia, pode gerar consequências pejorativas: na busca quase cega pela efetivação dos direitos fundamentais sociais, decisões pouco racionalmente fundamentadas determinam prestações arazoáveis e desproporcionais. Essas tutelas judiciais, contudo, exigem não só o valor gasto para a satisfação daquele determinado direito, mas também todo um planejamento político prévio, a fim de que as finanças públicas possam estar bem distribuídas.

O que tem se observado, desse modo, é uma descaracterização da função principal dos direitos fundamentais sociais, a qual é, enfim, a *redução das desigualdades materiais*. Com tantas ações judiciais individuais condenando a Administração Pública, por exemplo, ao fornecimento de medicamentos e ao custeio de uma vaga em uma escola privada, a efetivação desses direitos fundamentais sociais pela via judicial traz consigo um efeito colateral: se, em uma primeira análise, satisfaz a pretensão jurídica de determinado cidadão, em uma visão mais ampla, percebe-se um aumento das diferenças sociais e um agravamento nas condições, nesse exemplo, da saúde e da educação pública brasileira.

Sendo assim, reconhece-se a importância do Judiciário como um balizador dos desvios cometidos pela Administração Pública. Aquele só deve ser acionado para a concessão dessas prestações, portanto, quando esta se fizer omissa, ou seja, como *última alternativa*. Insta-se, desse modo, pensar meios administrativos de maximização da efetividade dos direitos fundamentais sociais. Daniel Wunder Hachem, seguindo essa lógica, alerta que, realizada a constitucionalização do Direito Administrativo, faz-se necessária, agora, a *“administrativização” do Direito Constitucional*, isto é, a busca de ferramentas administrativas voltadas à concretização dos objetivos constitucionais.¹²⁵¹

Se a lógica subjetivista se mostra insuficiente, seja pelas ofensas que causa ao princípio da igualdade, pois privilegia aqueles que podem lograr acesso ao Judiciário, seja pelo caos que pode causar ao planejamento financeiro público, o primeiro passo parece ser, portanto, o de explorar a *dimensão objetiva dos direitos fundamentais sociais*, a fim de que sua tutela abranja toda a coletividade, de modo igualmente satisfatório. José Carlos Vieira de Andrade, tratando da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, adverte que eles *“não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos,*

¹²⁵¹ HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva...* Op. Cit. f. 56-65.

enquanto faculdade ou poderes de que estes são titulares”, mas sim, também sob uma ótica comunitarista, “como os valores ou os fins que esta [a comunidade] se propõe a seguir”.¹²⁵²

O Direito Administrativo, como ensina Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, deve contribuir para a efetividade dos direitos fundamentais, ainda que não exista uma pretensão subjetiva por parte dos cidadãos. Como os direitos fundamentais comportam a estrutura básica de todo o ordenamento jurídico, o Direito Administrativo, pela relação que guarda com o Direito Constitucional, se encontra direcionado à realização desses direitos a tal ponto que essa tarefa deve ser o primeiro e o último fim da atividade administrativa.¹²⁵³

Por óbvio, seriam necessárias grandes mudanças estruturais para que os direitos fundamentais sociais pudessem passar a ser tutelados, objetiva e coletivamente, por meio de políticas públicas democráticas, como aqui se pretende. O presente artigo, no entanto, não é tão ambicioso em suas considerações e visa tão somente à indicação de soluções que podem ser tomadas ainda na atual conjuntura. Sabendo que a excessiva judicialização dos direitos fundamentais sociais é uma realidade atualmente e que não será extinta tão cedo, o melhor a se fazer, por ora, é trabalhar, exatamente, com essas decisões.

Desse modo, a primeira solução a ser adotada em âmbito administrativo para se maximizar a efetividade dos direitos fundamentais sociais é o *respeito aos precedentes judiciais* que existem nessa área. Para serem respeitados, porém, tais precedentes, além de repetidos, devem ter sido proferidos legalmente e estarem voltados à promoção desses direitos para toda a coletividade.¹²⁵⁴ Não é sensato admitir, portanto, que o Estado, corriqueiramente, arque com valores altíssimos para satisfazer apenas um ou outro cidadão. Sendo assim, deve-se ressaltar, nesse ponto, a advertência de Daniel Sarmiento, para quem “não se pode exigir judicialmente do Estado que forneça algo a um indivíduo que não seja possível conceder a todos aqueles que estiverem nas mesmas condições”.¹²⁵⁵

A via judicial – em detrimento da via administrativa – é a preferida dos cidadãos, porque nesse âmbito o ganho de causa é muito provável – e com isso a Administração é forçada a conceder o que foi pleiteado.¹²⁵⁶ Essa força vinculante das decisões judiciais é o que desdobra a sugestão aqui assinalada de respeito aos precedentes judiciais. Quando a jurisprudência estiver pacificada, portanto, o melhor que a Administração pode fazer – desde que o posicionamento dos tribunais esteja conforme o Direito, obviamente – é mais do que aceitar a decisão judicial por força de sua imposição jurídica: é internalizar esse posicionamento e passar a adotá-lo como orientação (inclusive nos procedimentos administrativos). De outro modo, estar-se-ia remando contra a maré, gastando os

¹²⁵² ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais...* Op. Cit. p. 144-145.

¹²⁵³ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *Derecho Administrativo y Constitución*. Granada: CEMCI, 2000. p. 120.

¹²⁵⁴ HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva...* Op. Cit. f. 475.

¹²⁵⁵ SARMENTO, Daniel. Proteção Social dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 572.

¹²⁵⁶ Essa preferência pela via judicial foi mais uma das conclusões obtidas com a pesquisa jurisprudencial citada no ponto 3: em apenas 12 das 85 ações individuais analisadas (aproximadamente 14%) o juiz ou as partes citaram a existência de um requerimento administrativo prévio ao pedido judicial.

escassos recursos e o primoroso tempo de trabalho dos Poderes Executivo e Judiciário, que, em última análise, pertencem a toda a população.

Deve-se, assim, ainda seguindo a opinião de Daniel Wunder Hachem, expedir atos administrativos gerais determinando que: (i) os órgãos públicos concedam os medicamentos pleiteados na via administrativa; (ii) os procuradores públicos não mais contestem as ações judiciais que se ajustem a esse molde firmado pela jurisprudência pacificada; (iii) os advogados públicos deixem de recorrer de decisões que condenem a Administração e estejam de acordo com o entendimento consolidado pelo tribunal.¹²⁵⁷ Sobre o assunto, Clèmerson Merlin Clève lembra que é perfeitamente possível a emissão de regulamentos administrativos de execução que operem *contra legem*, *ultra legem* e *praeter legem*, desde que, com respaldo direto nas normas constitucionais, visando, sempre, à sua máxima efetividade.¹²⁵⁸

Desse modo, estar-se-ia impossibilitando que a Administração Pública atendesse apenas aos seus interesses secundários (entendidos, na doutrina do italiano Renato Alessi, como os interesses singulares da Administração Pública enquanto pessoa jurídica)¹²⁵⁹ de não despender recursos para efetivar os direitos postulados judicialmente, postura unissonamente combatida pela doutrina.

Outro grande problema de se aceitar que o Estado atue judicialmente em combate contra aqueles cidadãos que, oportunizados pelas normas constitucionais, postulam judicialmente prestações de direitos fundamentais sociais é o de permitir que em alguns casos a tutela seja concedida e, em outros, não. Tal cenário, obviamente, afronta o princípio constitucional da impessoalidade administrativa, cuja essência, segundo lição de Fernando Dias Menezes de Almeida, “está no fato de o tratamento dado por agentes estatais a casos individuais e concretos estar fundamentado numa decisão anterior geral e abstrata”.¹²⁶⁰

Desse modo, com a atuação administrativa voltada à promoção da dimensão objetiva dos direitos fundamentais sociais, tender-se-á a uma universalização das prestações (ora individuais) desses direitos, eliminando, com isso, ao menos, o problema do tratamento desigual e anti-isonômico protagonizado pelas decisões judiciais. Coexistirão, ainda, inevitavelmente, diversos outros problemas relacionados à efetivação dos direitos fundamentais sociais, seja pela via judicial, seja pela via administrativa, que demandarão estudos específicos, sempre movidos pela intenção de conferi-los maior efetividade.

¹²⁵⁷ HACHEM, Daniel Wunder. Vinculação da Administração Pública aos precedentes judiciais: mecanismo de tutela igualitária dos direitos sociais. In: Luiz Alberto Blanchet; Daniel Wunder Hachem; Ana Claudia Santano (Org.). *Estado, Direito e Políticas Públicas*: homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Curitiba: Íthala, p. 232-233.

¹²⁵⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Poder normativo da Administração Pública. In: _____ (Coord.). *Direito constitucional brasileiro*: volume II: organização do Estado e dos poderes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 538.

¹²⁵⁹ ALESSI, Renato. *Principi di Diritto Amministrativo*. t. I: I soggetti attivi e l'esplicazione della funzione amministrativa. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1978. p. 232-233.

¹²⁶⁰ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Princípio da impessoalidade. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de Direito Administrativo*: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo: Atlas, 2012. p. 114.

6 Conclusão

Não é recente o desenvolvimento de pesquisas e o surgimento de ações judiciais que comprovem o ativismo judicial e a judicialização dos direitos fundamentais sociais no direito público brasileiro. Com a força jurídico-normativa dos mandamentos impostos pela Constituição Federal de 1988 e a imperiosa ascensão do Poder Judiciário nos últimos anos, inúmeros problemas sociais, que anteriormente eram tratados apenas no âmbito político, passaram a ser analisados sob a ótica do Direito. Os direitos sociais, ao serem elevados nessa nova ordem jurídica à condição de direitos fundamentais, sofreram, inevitavelmente, essas consequências.

De fato, como se procurou demonstrar no primeiro ponto do presente artigo, é juridicamente justificável a sublevação jusfundamental dos direitos sociais, reconhecendo-lhes, inclusive, a característica de judiciabilidade. Esse socorro judicial para a concretização dos direitos fundamentais sociais é, aliás, em determinadas situações, mais do que possível: faz-se necessário. Sendo assim, comprovou-se que essa judicialização, por ser constitucionalmente aceitável e devida, não pode ser totalmente rechaçada.

Deve-se, no entanto, identificar seus limites. Afinal, o ativismo judicial imoderado é prejudicial para todo o Estado Democrático e Social de Direito. Atualmente, entretanto, os magistrados superam sua *dificuldade contramajoritária*¹²⁶¹ sem as devidas e esperadas argumentações e ponderações. Decisões judiciais condenam a Administração Pública a prestações de altíssimo custo e nem sempre essenciais, inviabilizando o bom planejamento de utilização das finanças públicas.

Resta evidente, neste ponto, que o atual método para a satisfação dos interesses individuais e coletivos referentes aos direitos fundamentais sociais deve ser repensado. Não se pode admitir que, como regra, o Judiciário tome o posto da Administração Pública e conceda prestações judiciais de modo desigual e imparcimonioso. A primeira solução que se insurge para a resolução dessa problemática parece ser uma maior atuação administrativa de ofício nesses casos.

Em vista de identificar algumas medidas administrativas que podem ser tomadas para ajudar a melhorar esse cenário, demonstrou-se que o Direito Administrativo brasileiro já sofreu um processo de constitucionalização. O contrário (a “administrativização” do Direito Constitucional), no entanto, ainda espera por ser realizada. O que se pretendeu, portanto, foi a identificação de ferramentas do Direito Administrativo para a solução desse imbróglio que se desenvolve no seio do Direito Constitucional.

O primeiro problema constado foi que as ações judiciais que envolvem prestações de direitos fundamentais sociais ainda são regidas por uma lógica liberal-individualista, desenvolvida no século XIX. Naquele momento histórico, a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais era suficiente para a sua satisfação, vez que não passavam, em sua maior parte, de direitos “de defesa” ou “de liberdade”, exigindo apenas uma posição abstencionista da Administração Pública. Com a instauração do paradigma do Estado Social de Direito, em meados do século XX, todavia, essa lógica anacrônica se demonstrou insuficiente. Para a tutela dos direitos fundamentais sociais – que, de modo geral,

¹²⁶¹ O termo é cunhado pelo constitucionalista norte-americano Alexander Bickel para retratar o problema advindo da falta de legitimidade democrática do Poder Judiciário para a tomada de decisões com consequências político-sociais, como no caso do controle judicial de políticas públicas. BICKEL, Alexander. *The last dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. Binghamton: Vail-Ballou Press, 1986. p. 16-17.

exigem da Administração Pública prestações fáticas –, necessita-se de maior atenção à sua dimensão objetiva, que reclama, sem carecer da espera de decisões judiciais, uma atuação administrativa igualitária.

O principal objetivo deste artigo, portanto, foi a demonstração de que a atuação jurisdicional, apesar de necessária em certos casos, não é suficiente para solucionar os problemas advindos do paradigma jurídico vigente. A verdade é que a Administração Pública nunca – desde o início de sua instituição nos séculos XVIII e XIX até os dias atuais – desfrutou da autonomia necessária para a concretização espontânea e igualitária dos direitos fundamentais sociais. Sempre esteve presa: em um primeiro momento, à inflexibilidade das amarras da lei formal; e, atualmente, ao rigor do cumprimento das decisões judiciais. Isto posto, o caminho aqui indicado para ser seguido para uma maior satisfação do interesse público relativo a esses direitos é o de uma atuação administrativa mais autônoma e espontânea, para permitir a concessão de prestações mais justas e igualitárias.

Referências

- ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.
- ALESSI, Renato. *Principi di Diritto Amministrativo*. t. I: I soggetti attivi e l'esplicazione della funzione amministrativa. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1978.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed., 2. tir. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.
- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Princípio da impessoalidade. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de Direito Administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, 2005.
- BICKEL, Alexander. *The last dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. Binghampton: Vail-Ballou Press, 1986.
- BOROWSKI, Martin. La restricción de los derechos fundamentales. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 20, num. 59, Mayo-Agosto 2000.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional emancipatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. Poder normativo da Administração Pública. In: _____ (Coord.). *Direito constitucional brasileiro: volume II: organização do Estado e dos poderes*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. *Derecho Administrativo: programa, sistemática y guía para su estudio*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 1973.

DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. 11. ed., vol. II. Madrid: Thomson-Civitas, 2008.

HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia (Unibrasil)*, v. 13, n. 13, Curitiba, p. 340-399, jan./jul. 2013.

HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

HACHEM, Daniel Wunder. Vinculação da Administração Pública aos precedentes judiciais: mecanismo de tutela igualitária dos direitos sociais. In: Luiz Alberto Blanchet; Daniel Wunder Hachem; Ana Claudia Santano (Org.). *Estado, Direito e Políticas Públicas: homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Curitiba: Íthala. p. 217-243.

MARTÍN-RETORILLO BAQUER, Sebastian. *El Derecho Civil en la Genesis del Derecho Administrativo y de sus Instituciones*. 2. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. vol. IV, 2. ed., Coimbra: Coimbra, 1993.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2003.

PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta, 2007.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *Derecho Administrativo y Constitución*. Granada: CEMCI, 2000.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Los derechos fundamentales en el Estado social y el Derecho Administrativo Constitucional. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, año XXV, n° 293, Buenos Aires, Ediciones RAP, p. 15-22, feb. 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. Proteção Social dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (coord.) *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular*. São Paulo: Malheiros, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: *Revista Direito GV8*. São Paulo. vol. 4. n. 2. p. 441-463. jul./dez. 2008.

Apêndice

TRF4, AC 5000548-46.2010.404.7208, Terceira Turma, Relator p/ Acórdão Fernando Quadros da Silva, juntado aos autos em 02/05/2014

TRF4, AC 5020836-52.2013.404.7000, Quarta Turma, Relatora p/ Acórdão Vivian Josete Pantaleão Caminha, juntado aos autos em 02/05/2014

TRF4, APELREEX 5001137-54.2013.404.7007, Quarta Turma, Relatora p/ Acórdão Vivian Josete Pantaleão Caminha, juntado aos autos em 22/04/2014

TRF4, APELREEX 5018555-42.2012.404.7200, Terceira Turma, Relatora p/ Acórdão Marga Inge Barth Tessler, juntado aos autos em 10/04/2014

TRF4, APELREEX 5001379-32.2012.404.7109, Terceira Turma, Relatora p/ Acórdão Marga Inge Barth Tessler, juntado aos autos em 10/04/2014

TRF4, APELREEX 5003134-83.2010.404.7102, Terceira Turma, Relatora p/ Acórdão Marga Inge Barth Tessler, juntado aos autos em 03/04/2014

TRF4 5018094-54.2013.404.7000, Quarta Turma, Relator p/ Acórdão Luís Alberto D'azevedoAurvalle, juntado aos autos em 01/04/2014

TRF4, AG 5001381-18.2014.404.0000, Terceira Turma, Relatora p/ Acórdão Marga Inge Barth Tessler, juntado aos autos em 14/03/2014

TRF4, AG 5024106-35.2013.404.0000, Terceira Turma, Relator p/ Acórdão Nicolau Konkel Júnior, juntado aos autos em 27/02/2014

TRF4, AG 5019441-73.2013.404.0000, Terceira Turma, Relator p/ Acórdão Nicolau Konkel Júnior, juntado aos autos em 20/02/2014

TRF4, AC 5003076-88.2012.404.7109, Quarta Turma, Relatora p/ Acórdão Vivian Josete Pantaleão Caminha, juntado aos autos em 20/02/2014

TRF4, AC 5001273-66.2013.404.7002, Quarta Turma, Relatora p/ Acórdão Vivian Josete Pantaleão Caminha, juntado aos autos em 18/11/2013

TRF4, AC 5000507-77.2013.404.7207, Quarta Turma, Relatora p/ Acórdão Vivian Josete Pantaleão Caminha, juntado aos autos em 11/11/2013

TRF4, AC 5006867-86.2012.404.7102, Terceira Turma, Relatora p/ Acórdão Marga Inge Barth Tessler, juntado aos autos em 24/10/2013

TRF4, AG 5024106-35.2013.404.0000, Terceira Turma, Relator Fernando Quadros da Silva, juntado aos autos em 15/10/2013

, AG 5014596-95.2013.404.0000, Terceira Turma, Relator p/ Acórdão Fernando Quadros da Silva, juntado aos autos em 11/10/2013

TRF4, AG 5017596-40.2012.404.0000, Quarta Turma, Relator p/ Acórdão Candido Alfredo Silva Leal Junior, juntado aos autos em 04/10/2013

TRF4, AC 5003720-52.2012.404.7102, Terceira Turma, Relatora p/ Acórdão Marga Inge Barth Tessler, juntado aos autos em 19/09/2013

TRF4, EINF 5016939-50.2012.404.7000, Segunda Seção, Relator p/ Acórdão Luís Alberto D'azevedoAurvalle, juntado aos autos em 17/09/2013

TRF4, AG 5006052-21.2013.404.0000, Quarta Turma, Relator p/ Acórdão Candido Alfredo Silva Leal Junior, juntado aos autos em 30/08/2013

TRF4, AG 5019441-73.2013.404.0000, Terceira Turma, Relator Fernando Quadros da Silva, juntado aos autos em 29/08/2013

TRF4, AG 5014596-95.2013.404.0000, Terceira Turma, Relator Fernando Quadros da Silva, juntado aos autos em 09/07/2013

TRF4, AG 5007239-64.2013.404.0000, Quarta Turma, Relator p/ Acórdão Luís Alberto D'azevedoAurvalle, juntado aos autos em 28/05/2013

TRF4, APELREEX 5001996-86.2012.404.7207, Quarta Turma, Relatora p/ Acórdão Vivian Josete Pantaleão Caminha, juntado aos autos em 22/05/2013

TRF4, AG 5003534-58.2013.404.0000, Terceira Turma, Relator p/ Acórdão Fernando Quadros da Silva, juntado aos autos em 09/05/2013

TRF4, AC 5002639-20.2012.404.7215, Quarta Turma, Relatora p/ Acórdão Vivian Josete Pantaleão Caminha, juntado aos autos em 24/04/2013

TRF4, AG 5007239-64.2013.404.0000, Quarta Turma, Relator Luís Alberto D'azevedoAurvalle, juntado aos autos em 12/04/2013

- TRF4, AG 5020207-63.2012.404.0000, Terceira Turma, Relatora p/ Acórdão Maria Lúcia Luz Leiria, juntado aos autos em 20/03/2013
- TRF4, AG 5015471-02.2012.404.0000, Quarta Turma, Relator p/ Acórdão Candido Alfredo Silva Leal Junior, juntado aos autos em 19/12/2012
- TRF4, AG 5021162-94.2012.404.0000, Quarta Turma, Relator Luís Alberto D'azevedoAurvalle, juntado aos autos em 18/12/2012
- TRF4, AG 5021220-97.2012.404.0000, Terceira Turma, Relator Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, juntado aos autos em 18/12/2012 (coletivo)
- TRF4, AG 5016344-02.2012.404.0000, Terceira Turma, Relatora p/ Acórdão Maria Lúcia Luz Leiria, juntado aos autos em 17/11/2012
- 5017049-97.2012.404.0000, Terceira Turma, Relator p/ Acórdão Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, juntado aos autos em 16/11/2012
- TRF4, AG 5016063-46.2012.404.0000, Quarta Turma, Relator p/ Acórdão Luís Alberto D'azevedoAurvalle, juntado aos autos em 16/11/2012
- TRF4, AG 5015928-34.2012.404.0000, Terceira Turma, Relatora p/ Acórdão Maria Lúcia Luz Leiria, juntado aos autos em 09/11/2012
- TRF4, AG 5013331-92.2012.404.0000, Terceira Turma, Relator p/ Acórdão Fernando Quadros da Silva, juntado aos autos em 08/11/2012
- TRF4, AG 5011860-41.2012.404.0000, Quarta Turma, Relator p/ Acórdão Luís Alberto D'azevedoAurvalle, juntado aos autos em 05/09/2012
- TRF4, AC 5001558-69.2012.404.7204, Terceira Turma, Relatora p/ Acórdão Maria Lúcia Luz Leiria, juntado aos autos em 18/07/2012
- TRF4, APELREEX 5022983-22.2011.404.7000, Terceira Turma, Relator p/ Acórdão Fernando Quadros da Silva, juntado aos autos em 05/07/2012
- TRF4, AC 0007721-70.2009.404.7200, Quarta Turma, Relator Luís Alberto D'azevedoAurvalle, D.E. 15/05/2012
- TRF4, AG 5004093-49.2012.404.0000, Terceira Turma, Relator Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, juntado aos autos em 19/03/2012
- TRF4, AG 5004059-74.2012.404.0000, Terceira Turma, Relator Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, juntado aos autos em 19/03/2012
- TRF4, AC 5020679-84.2010.404.7000, Quarta Turma, Relatora p/ Acórdão Vivian Josete Pantaleão Caminha, juntado aos autos em 16/03/2012
- TRF4, AG 5002890-52.2012.404.0000, Quarta Turma, Relator Vilson Darós, juntado aos autos em 29/02/2012
- TRF4, AG 5015226-25.2011.404.0000, Terceira Turma, Relator Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, juntado aos autos em 18/10/2011
- TRF4, AC 5002886-26.2010.404.7003, Terceira Turma, Relatora p/ Acórdão Maria Lúcia Luz Leiria, juntado aos autos em 06/10/2011
- TRF4, APELREEX 5000650-58.2011.404.7200, Terceira Turma, Relator p/ Acórdão Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, juntado aos autos em 29/07/2011
- TRF4, AG 5005621-55.2011.404.0000, Terceira Turma, Relatora p/ Acórdão Maria Lúcia Luz Leiria, juntado aos autos em 28/07/2011
- TRF4, AG 5002264-67.2011.404.0000, Quarta Turma, Relatora p/ Acórdão Marga Inge Barth Tessler, juntado aos autos em 11/05/2011
- TRF4, APELREEX 0001825-56.2008.404.7208, Quarta Turma, Relatora Silvia Maria Gonçalves Goraieb, D.E. 18/05/2011
- TRF4, AGVAG 5000621-74.2011.404.0000, Terceira Turma, Relatora p/ Acórdão Maria Lúcia Luz Leiria, juntado aos autos em 14/04/2011

TRF4, AC 5004613-11.2010.404.7200, Quarta Turma, Relatora p/ Acórdão Marga Inge Barth Tessler, juntado aos autos em 08/04/2011

TRF4, AG 5010122-86.2010.404.0000, Terceira Turma, Relatora p/ Acórdão Maria Lúcia Luz Leiria, juntado aos autos em 06/04/2011

TRF4, AG 5000022-38.2011.404.0000, Terceira Turma, Relatora p/ Acórdão Maria Lúcia Luz Leiria, juntado aos autos em 06/04/2011

TRF4, AG 5010117-64.2010.404.0000, Terceira Turma, Relatora Maria Lúcia Luz Leiria, juntado aos autos em 15/03/2011

TRF4, AG 5000621-74.2011.404.0000, Terceira Turma, Relatora Maria Lúcia Luz Leiria, juntado aos autos em 14/03/2011

TRF4, AG 5006548-55.2010.404.0000, Terceira Turma, Relatora p/ Acórdão Maria Lúcia Luz Leiria, juntado aos autos em 28/01/2011

TRF4, AC 0001453-10.2008.404.7208, Quarta Turma, Relatora Silvia Maria Gonçalves Goraieb, D.E. 17/12/2010

TRF4, AG 5002962-10.2010.404.0000, Quarta Turma, Relator p/ Acórdão Sérgio Renato Tejada Garcia, juntado aos autos em 22/09/2010

TRF4, AG 2009.04.00.019290-1, Terceira Turma, Relator Fernando Quadros da Silva, D.E. 06/09/2010

TRF4, AG 5001431-83.2010.404.0000, Quarta Turma, Relatora p/ Acórdão Marga Inge Barth Tessler, juntado aos autos em 13/09/2010

TRF4, APELREEX 0012288-07.2005.404.7000, Quarta Turma, Relatora Marga Inge Barth Tessler, D.E. 08/09/2010

TRF4, AG 5002962-10.2010.404.0000, Quarta Turma, Relatora Marga Inge Barth Tessler, juntado aos autos em 13/07/2010

TRF4, EINF 2006.70.00.000547-6, Segunda Seção, Relator Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, D.E. 25/06/2010

TRF4, AG 5001431-83.2010.404.0000, Quarta Turma, Relatora Marga Inge Barth Tessler, juntado aos autos em 08/06/2010

TRF4, AC 0005010-02.2003.404.7201, Quarta Turma, Relatora Marga Inge Barth Tessler, D.E. 24/05/2010

TRF4, AC 0004161-85.2007.404.7202, Terceira Turma, Relator Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, D.E. 19/05/2010

TRF4, APELREEX 2005.71.00.025270-2, Terceira Turma, Relator Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, D.E. 26/04/2010

TRF4, AC 0004161-85.2007.404.7202, Terceira Turma, Relator Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, D.E. 06/04/2010

TRF4, AG 2009.04.00.013667-3, Terceira Turma, Relatora p/ Acórdão Maria Lúcia Luz Leiria, D.E. 14/04/2010

TRF4, MCI 2009.04.00.046142-0, Quarta Turma, Relator Sérgio Renato Tejada Garcia, D.E. 15/01/2010

TRF4, AG 2009.04.00.018197-6, Terceira Turma, Relatora Silvia Maria Gonçalves Goraieb, D.E. 20/01/2010

TRF4, AG 2009.04.00.016826-1, Terceira Turma, Relatora Silvia Maria Gonçalves Goraieb, D.E. 20/01/2010

TRF4, AG 2009.04.00.012467-1, Terceira Turma, Relatora Silvia Maria Gonçalves Goraieb, D.E. 20/01/2010

TRF4, EINF 2007.72.00.004319-0, Segunda Seção, Relatora p/ Acórdão Marga Inge Barth Tessler, D.E. 08/01/2010

TRF4, AC 2009.72.00.002454-3, Terceira Turma, Relator Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, D.E. 10/02/2010

TRF4, AG 2009.04.00.016813-3, Terceira Turma, Relatora Silvia Maria Gonçalves Goraieb, D.E. 28/10/2009

TRF4, AG 2009.04.00.018449-7, Quarta Turma, Relatora Marga Inge Barth Tessler, D.E. 17/08/2009

TRF4, AG 2009.04.00.013466-4, Terceira Turma, Relator Nicolau Konkel Júnior, D.E. 26/08/2009

TRF4, AG 2009.04.00.012325-3, Terceira Turma, Relator Luiz Carlos de Castro Lugon, D.E. 15/07/2009

- TRF4, EINF 2007.72.00.008087-2, Segunda Seção, Relatora Maria Lúcia Luz Leiria, D.E. 08/07/2009
- TRF4, AG 2009.04.00.019290-1, Terceira Turma, Relator Luiz Carlos de Castro Lugon, D.E. 19/06/2009
- TRF4, AG 2009.04.00.016813-3, Terceira Turma, Relator Luiz Carlos de Castro Lugon, D.E. 23/06/2009
- TRF4, AG 2009.04.00.006646-4, Quarta Turma, Relator p/ Acórdão João Batista Lazzari, D.E. 15/06/2009
- TRF4, APELREEX 2008.72.00.004677-7, Quarta Turma, Relator p/ Acórdão João Batista Lazzari, D.E. 15/06/2009
- TRF4, AG 2007.04.00.042084-6, Terceira Turma, Relator Luiz Carlos de Castro Lugon, D.E. 29/01/2008
- TRF4, AC 2005.71.00.036843-1, Terceira Turma, Relator Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, D.E. 07/12/2007
- TRF4, AG 2007.04.00.028033-7, Terceira Turma, Relator Luiz Carlos de Castro Lugon, D.E. 13/11/2007
- TRF4, AC 2004.72.00.011001-2, Terceira Turma, Relator Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, D.E. 31/08/2007

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

FARIA, Luzardo. Da judicialização dos direitos sociais à necessidade de respeito administrativo aos precedentes judiciais: uma análise empírica da jurisprudência do TRF4 sobre o direito à saúde. *In*: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). Problemas emergentes da Administração Pública. *In*: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. *Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 437-457.

UMA ANÁLISE COMPARATIVA DA RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL NO DIREITO PÚBLICO EUROPEU, PORTUGUÊS E BRASILEIRO: A NECESSIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO ESTATAL POR PREJUÍZOS CAUSADOS AOS LICITANTES NO BRASIL

MARTA CRISTINA JESUS SANTIAGO

1 Introdução

O regime contratual público francês, acolhido no Brasil e em Portugal e que cresce em perspectiva comunitária e internacional,¹²⁶² deita raiz na teoria geral dos contratos. Mesmo regida por regimes jurídicos diferenciados, a responsabilidade pré-contratual tem o mesmo fundamento: o princípio da boa-fé objetiva. Os laços de confiança que se formam entre as partes, nos instantes que precedem a celebração de contratos, quando se estreitam, merecem proteção jurídica. No direito privado, desde ihering, já se reconhece esse direito. Porém, no âmbito público, sempre houve resistência em ser aceito, como se o Estado, pelos poderes exorbitantes de que desfruta na relação contratual, pudesse ignorar o direito e as expectativas de direito dos que com ele se relacionam.

Ora, a onda democrática que se espalhou pelo mundo nas últimas décadas tem mudado paulatinamente essa perspectiva para tornar o Estado mais responsável por

¹²⁶² "(...) el seno del Derecho internacional e del Derecho comunitario se ha exigido la creación de mecanismos específicos para la regulación de la contratación pública, tal como lo han hecho la ONU – y dentro de la misma también la UNCITRAL –, la OMC, la EU y la OEA. Argumento tan importante que algunos países que siempre han negado la necesidad de contemplar reglas específicas para la contratación pública hayan tenido que consagrarlas para cumplir con los parámetros internacionales, tal como ha sucedido en Alemania e Inglaterra, lo cual ha contribuido también al crecimiento de esta actividad en la UE (...) De esta manera, el reconocimiento de la autonomía de los contratos administrativos representa una evolución que no tiene marcha atrás, la cual comenzó con el reconocimiento axiológico de su especialidade sustancial (resultado de la fusión de la legalidade y el interés público de la Administración y del respeto de la autonomía contractual de los contratistas), pero que en la actualidad se manifiesta en una serie de mecanismos presupuestales, procesales y administrativos que en la práctica tienen por finalidad principal la preservación de la transparencia en el manejo del gasto público." (CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. *La corrupción en la contratación pública en Europa*. Salamanca: Ratio Legis Librería Jurídica, 2009. p. 54 e 55).

seus atos. É o processo de democratização de sua gestão, varrendo o arbítrio, cujos vestígios ainda são encontrados com alguma frequência.

Em prol da efetividade dos postulados da transparência e da não discriminação sobre os quais assenta o Tratado de Roma, recrudescer, em regulação e em fiscalização, o direito europeu da contratação pública. A incessante busca por assegurá-lo incrementou a teoria da responsabilidade pré-contratual, impondo ao Estado o dever de indenizar o particular prejudicado pela frustração de legítimas expectativas contratuais.

Desponta a União Europeia como garante de um processo pré-contratual público isonômico e transparente, com a consequente responsabilização estatal por seus atos lícitos e ilícitos. Anulado ou frustrado o certame público, por ilegalidade ou inconveniência, e comprovado o nexo de causalidade entre o evento e o prejuízo, aquele cuja proposta não foi apreciada, para além de ser indenizado dos prejuízos advindos com a sua preparação e o seu envio, poderá fazer jus ao que deixou de lucrar pela perda de outras oportunidades ou ao benefício que teria obtido se sua proposta houvesse sido escolhida ou até pela perda da chance, para cujo ressarcimento basta evidenciar sua “possibilidade real”.

Diferentemente do que se passa no espaço europeu, no Brasil, a responsabilidade pré-contratual ainda não se firmou como garantia dos particulares que se dispõem a contratar com o Poder Público, apesar de ecoarem vozes doutrinárias nesse sentido. Aliás, bem por isso nosso interesse em desenvolver o tema, pois o cotejo aqui traçado entre o direito europeu e o direito brasileiro poderá proporcionar reflexos positivos à gestão pública brasileira.

Da leitura da doutrina contratual pública europeia salta aos olhos a responsabilidade com que se encara a abertura de um procedimento licitatório. A chamada “decisão de contratar” é um ato vinculativo e, sobretudo, responsável. No Brasil, não se lhe confere a devida relevância jurídica. A discussão é centrada nos atos de homologação e de adjudicação. Embora a doutrina se reporte a estes como vinculativos, de maneira que o Estado só está exonerado de proferi-los quando concorrer a hipótese de anulação, por ilegalidade, ou de revogação, por se revelar a contratação inconveniente ou inoportuna, a Administração Pública prossegue - com “alarmante frequência”¹²⁶³ - desfazendo o processo ao seu talante sem assegurar ao candidato o ressarcimento de prejuízos: seja porque a lei exclui o direito à indenização na anulação da licitação, seja porque a lei se silencia no tocante à sua revogação. Evidentemente, a responsabilidade na regular abertura do procedimento pré-contratual perpassa por princípios que transcendem o disposto na Lei de Licitações, presentes que estão expressa e implicitamente no texto constitucional brasileiro, como a legalidade, a motivação e, sobretudo, a boa-fé administrativa e o respeito ao devido processo legal.

2 Breves notas sobre a responsabilidade pré-contratual no direito civil luso-brasileiro

Considerando que o direito contratual público originou-se da teoria geral de contratos do direito privado e que, com alguma frequência, a ela se reporta para suprir suas lacunas naquilo que não for contrário ao regime que lhe molda, soa-nos

¹²⁶³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 605.

indispensável transitar, ainda que *an passant*, pelos fundamentos da responsabilidade pré-contratual privada.

Corolário da autonomia vontade, a liberdade contratual é concebida como o poder assegurado aos particulares de firmar acordos com quem bem entender e como melhor lhes aprouver, desde que o façam nos lindes legais. A autonomia que se confere no cenário privado não é, pois, absoluta, na medida em que as partes devem se portar com lisura e lealdade perante a contraparte, desde o nascedouro das tratativas até a celebração do contrato. Assim, nos instantes que precedem a formação de um contrato, a ordem jurídica estabelece um regime que se propõe a equilibrar os interesses contrapostos.

Deve-se a Ihering, em 1861, a primeira abordagem aprofundada sobre a responsabilidade nas negociações preliminares, que denominou *culpa in contrahendo*, voltada à disparidade existente entre a vontade real e a vontade declarada, que, atribuída culposamente a uma das partes, provoca a nulidade do contrato.

Alcançando, inclusive, os negócios revestidos de certa formalidade, o artigo 227, do Código Civil Português de 1966, salvaguarda a boa-fé no trato das relações precedentes ao contrato, dispondo que “quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares, quanto na formação dele, proceder segundo as regras de boa-fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte”.¹²⁶⁴

Antunes Varela, ao comentar a norma, afirma que abrange um espectro maior que a mera *culpa in contrahendo*, isto é, o ressarcimento de danos causados à outra parte pela nulidade do negócio, alcançando os “danos provenientes da violação de todos os deveres (secundários) de informação, de esclarecimento e de lealdade em que se desdobra o amplo espectro negocial da boa fé”.¹²⁶⁵ Desse modo, nem sempre o direito à indenização origina-se da nulidade do contrato ou da frustração em sua celebração, podendo provir ainda que o contrato seja hígido.

Se, por um lado, tem-se admitido a obrigação de indenizar a quem sofrer danos oriundos do rompimento das tratativas pré-negociais, por outro, isso não significa engessar as partes de tal modo a tornar impossível a ruptura, quando necessária. Não há uma obrigação inarredável de celebração do contrato. O que não se admite é uma ruptura ilegítima, isto é, injustificada, após a construção no ânimo da outra parte de expectativas sérias, embasadas na lealdade e na confiança mútua.

Ínsitos à responsabilidade pré-negocial estão dois deveres das partes: de se exprimir com clareza, de modo a evitar uma interpretação errônea da outra parte, e de informar, isto é, se uma das partes sabe ou deve saber de determinado fato que a outra não saiba e que pode levar ao rompimento das negociações, a boa-fé exige que lhe seja revelado.^{1266 1267} Enfim, o simples início das negociações cria entre as partes deveres de lealdade, de informação e de esclarecimento, dignos da tutela do direito.¹²⁶⁸

Ora, a contraparte aquiesce com a formalização da avença a partir de dois pressupostos: que o contrato a celebrar é idôneo a satisfazer o seu interesse e que

¹²⁶⁴ PORTUGAL. *CÓDIGO CIVIL*. Disponível em <http://www.confap.pt/docs/codcivil.PDF>.

¹²⁶⁵ VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. Vol. 1, 10. ed, Almedina, 2011, p. 271.

¹²⁶⁶ MARTINS, António Carvalho. *Responsabilidade Pré-contratual*. Coimbra, 2002., p. 80.

¹²⁶⁷ CORDEIRO, António M. da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 549.

¹²⁶⁸ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Vol. 1, 10ª ed, Almedina, 2011, p. 268.

está apto a produzir os efeitos jurídicos e patrimoniais a que se propõe. Frustrados um deles, com validade ou não do contrato, que pode até não ser celebrado, surge a responsabilidade pré-contratual.

Centra-se, assim, a responsabilidade pré-contratual na própria credibilidade das condutas de pessoas responsáveis nos atos preparatórios à celebração de uma avença. É a responsabilidade pela confiança, que, pelo fim visado, aproxima-se da responsabilidade extracontratual, por pretender ressarcir ou prevenir danos e, na perspectiva do ângulo da imputação ou da autovinculação, aproxima-se da responsabilidade contratual. Daí falar-se em responsabilidade quase-negocial.¹²⁶⁹

No Brasil, o tratamento jurídico não distoa. Diz o artigo 422, do CCB, que: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé”.¹²⁷⁰ Dada sua insuficiente redação, na Jornada de Direito Civil ocorrida em Brasília, em setembro de 2002, foi aprovado, no STJ, o Enunciado 25, que diz: “O artigo 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação, pelo julgador, do princípio da boa-fé nas fases pré e pós-contratual”. De igual modo, o Enunciado 170: “A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato”.¹²⁷¹

De regra, as “negociações preliminares” não possuem efeito vinculativo, não havendo o *animus* entre as partes de se obrigarem, leciona Orlando Gomes. Contudo, se uma das partes, com seu proceder, gerar na outra a firme convicção de conclusão do negócio, e vier a surpreendê-la com o rompimento abrupto das tratativas, deverá indenizá-la pelos prejuízos advindos. E arremata: “deixando de contratar, age culposamente, o que, até certo ponto, implica reconhecer que, pelo menos em determinadas circunstâncias, as negociações preliminares obrigam”.¹²⁷²

Indagando sobre até que ponto é lícita a recusa de contratar, Cristiano e Rosenvald afirmam que, em princípio, “cuida-se de regular exercício de direito”. Todavia, pode eventualmente lesar expectativas legítimas, incidindo-se em abuso de direito, pois “há um exercício desleal do direito de recesso por parte daquele que adota condutas isoladamente lícitas, mas incompatíveis com o dever de correção, quando vistas em conjunto. Trata-se da proibição ao *venire contra factum proprium*”.¹²⁷³

3 A responsabilidade pré-contratual no direito público europeu

Mesmo não sendo livres para celebrarem contratos como lhes aprouverem, os contraentes de um contrato administrativo igualmente devem obediência aos deveres de proteção, de informação e de lealdade. O tráfico jurídico assim exige.

¹²⁶⁹ MARTINS, António Carvalho. *op. cit.*, p. 17.

¹²⁷⁰ BRASIL. *CÓDIGO CIVIL*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm.

¹²⁷¹ STJ. *JORNADAS DE DIREITO CIVIL*. Disponível em <http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>.

¹²⁷² GOMES, Orlando. *Contratos*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 64 e 65.

¹²⁷³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. Contratos. Teoria Geral e Contratos em Espécie*. 3. ed. Salvador: JusPodium, 2003. p. 79.

Ao inaugurar um procedimento pré-contratual, o Estado define regras a serem observadas por ambas as partes. A participação do candidato, sem impugná-las, induz à sua concordância com elas. Diferentemente do que se passa nas negociações privadas, cujo liame se baseia unicamente na boa-fé, aqui o liame tem lastro em normas especialmente preparadas pela Administração Pública e divulgadas no programa do concurso ou no edital de licitação.

O procedimento pré-contratual estatal – pode-se dizer – a nível global,¹²⁷⁴ fulcra-se em dois cânones desde o seu nascedouro: a concorrência (“princípio-tronco, trave-mestra ou *umbrella principle*”¹²⁷⁵) e a isonomia (ou não discriminação). Estes princípios estão tão imbricados que, como asseveram Mário e Rodrigo Esteves de Oliveira, as vezes não se sabe quando está em causa um ou outro.¹²⁷⁶ A razão de ser disso é óbvia: o privilégio de contratar com a Administração Pública deve ser usufruído por todos em situação de igualdade jurídica.

Com o desiderato de assegurar o efetivo acesso à Justiça para inibir os desvios que levem à desconsideração daqueles princípios, a União Europeia editou as Diretivas nºs 89/665/CEE, de 21/12/1989, e 92/13/CEE, de 25/02/2012. Também chamadas Diretivas de recursos, elas impuseram a observância das Diretivas das contratações públicas, pois, antes de sua edição, a litigiosidade em seu entorno era meramente formal. E isto não apenas em virtude dos desvios no cumprimento da regulação, mas, em especial, porque os meios judiciais nacionais não eram efetivos, o que desestimulava os interessados em acioná-los.¹²⁷⁷

Pois bem. A regulação europeia de recursos dirige-se à tutela restitutória - ou tutela primária, para os alemães – qual seja, pretende estancar a ilegalidade atempadamente, corrigindo o procedimento, de modo a retornar ao *status quo ante*. A tutela ressarcitória - ou tutela secundária, para os alemães - é assegurada num segundo plano, isto é, quando a ilegalidade já se consumou e almeja-se a reparação econômica do prejuízo causado. É aqui que se adentra ao terreno da responsabilidade. Há uma hierarquia interna entre elas, pois o restabelecimento da legalidade desfruta de maior eficácia do que o ressarcimento.¹²⁷⁸ Contudo, a tutela ressarcitória está presente não apenas quando o dano decorre de ato ilícito, mas também de ato lícito praticado pela entidade adjudicante, o que mostra o seu caráter autônomo em relação à tutela restitutória, a despeito de esta ser preferida àquela.

Exige a Diretiva nº 89/665/CEE a criação, pelos Estados-Membros, de recursos eficazes e rápidos que permitam a adoção de medidas provisórias urgentes, com possibilidade de suspensão tempestiva do processo de adjudicação ou dos efeitos de qualquer decisão tomada pela Administração, de anulação das decisões ilegais e de concessão de indenização às pessoas lesadas pela violação. Sua origem prende-se ao Acórdão *Francovich* e tem por fundamento o princípio da lealdade comunitária, segundo o qual o regime jurídico nacional não só não pode destoar da Ordem Jurídica Comunitária,

¹²⁷⁴ MOLINA, José Antonio Moreno. *Derecho global de la Contratación pública*. Begonias: Jovenes Administrativistas, AIDA, IDEA e UBIJUS, 2011. p. 6.

¹²⁷⁵ OLIVEIRA, Mário Esteves de; OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de. *Concursos e outros procedimentos de contratação pública*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 185.

¹²⁷⁶ OLIVEIRA, Mário Esteves de; OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de. *op. cit.*, p. 190.

¹²⁷⁷ SASTRE, Silvia Diez. *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 39.

¹²⁷⁸ SASTRE, Silvia Diez. *op. cit.*, p. 59.

como também os Tribunais, quando a aplicar, no âmbito dos Estados-Membros, não podem, pelos meios processuais disponíveis, tornar impossível ou excessivamente difícil sua efetivação.

Assim, sem olvidar-se da autonomia dos Estados-Membros, admitindo, por exemplo, que a apreciação do direito de indenização ficasse condicionada à anulação do ato pela instância competente, a Diretiva nº 89/665/CEE assegurou o acesso à Justiça a todos os que tivessem interesse na celebração de um contrato público ou que fossem lesados em decorrência disso.

Objetivando reforçar a garantia jurisdicional dos interessados, a Diretiva nº 2007/66/CEE promoveu alterações no bojo daquela norma. Percebendo-se, a partir das decisões proferidas no Tribunal de Justiça da União (*leading case* Alcatel Áustria), que as entidades adjudicantes apressavam-se em celebrar o contrato - com o propósito de tornar irreversível qualquer decisão judicial que viesse a ser obtida para corrigir as irregularidades no procedimento ou na adjudicação¹²⁷⁹ - a Diretiva passou a prever um tempo de espera mínimo entre a adjudicação e o aperfeiçoamento do contrato (*standstill*), objetivando, na dicção do Considerando nº 5, “proporcionar aos proponentes interessados tempo suficiente para analisarem a decisão de adjudicação e avaliarem a oportunidade de interpor recurso”. Ademais, a Diretiva tornou sem efeito os contratos celebrados que não observem esse prazo suspensivo e as regras comunitárias.

Noutra perspectiva, observando que, na prática, os órgãos públicos europeus somente notificavam os licitantes do teor da decisão de adjudicação após a assinatura do contrato, a Diretiva nº 2007/66/CEE estabeleceu que os licitantes devem ser intimados da decisão de adjudicação com todas as informações necessárias para que possam decidir tempestivamente sobre o uso ou não de um recurso eficaz. O acesso à adequada informação traduz-se no respeito ao direito à ampla defesa.

Ainda de acordo com a Diretiva nº 2007/66/CEE, o direito interno poderá prever a anulação retroativa de todas as obrigações (*ex tunc*) ou limitar a anulação às obrigações que ainda devam ser cumpridas (*ex nunc*). Se for constatada ilegalidade, é possível sua permanência, em caráter excepcional, se existirem “razões imperiosas de interesse geral”, assim consideradas aquelas cuja privação de efeitos possa ocasionar “consequências desproporcionadas”.¹²⁸⁰ A decisão de não restituir o *status quo ante* pode ter respaldo em princípios jurídicos como a proporcionalidade, a segurança jurídica, a boa fé e a confiança legítima.¹²⁸¹ Todavia, se as obrigações já tiverem sido cumpridas, sanções rigorosas devem ser aplicadas.

Em comparação com a Diretiva nº 89/665/CEE, antes da revisão promovida pela Diretiva nº 2007/66/CEE, foi, de fato, a Diretiva nº 92/13/CEE que ofereceu disposições mais precisas.¹²⁸² Embora se dirija aos setores da água, energia, transportes e serviços postais, a norma em referência se aplica genericamente a todos os procedimentos adjudicatórios.

O preceptivo de maior destaque na Diretiva nº 92/13/CEE é o artigo 2º, nº 07, que consagra a modulação da responsabilidade. Para fins de indenização por gastos

¹²⁷⁹ SASTRE, Silvia Díez. *op. cit.*, p. 120.

¹²⁸⁰ UNIÃO EUROPÉIA. DIRETIVA Nº 2007/66/CEE. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu>.

¹²⁸¹ SASTRE, Silvia Díez. *op. cit.*, p. 76.

¹²⁸² MEALHA, Esperança. *Responsabilidade Civil nos Procedimentos de Adjudicação dos Contratos Públicos (Notas ao artigo 7º/2 da Lei nº 67/2007, de 31 de dezembro)*. p. 7. Disponível em [julgaronline nº 5.pdf](http://julgaronline.nº5.pdf).

despendidos na elaboração da proposta e na participação em um procedimento pré-contratual, a licitante preterida não está obrigada a provar que seria a escolhida se não houvesse ocorrido a ilegalidade. Contudo, deve evidenciar a “possibilidade real de lhe ser atribuído o contrato”,¹²⁸³ isto é, que sua proposta observa os parâmetros fixados no Caderno de Encargos e não se posiciona dentre as últimas classificadas. Há aqui uma flexibilidade do nexos causal. O juízo de probabilidade aí é algo que medeia entre a evidência de que a licitante atende a todos os requisitos e que, portanto, seria selecionada, e a de que seria a vencedora do certame. Na dicção da Diretiva, o interessado não precisa provar que seria o contratado pela Administração, mas que se encontra numa posição que lhe permite inferir haver a possibilidade de ser agraciado, o que não significa, portanto, estar em primeiro lugar. A demonstração disso é difícil e cabe ao lesado. É claro que este grau de probabilidade somente pode ser aferido em cada caso concreto, dependendo, acresce Mealha, “do teor do acto em causa, do momento do procedimento em que foi praticado, dos fundamentos da sua invalidade e do tipo de danos invocados”.¹²⁸⁴

4 A responsabilidade pré-contratual no regime português

Dentre os portugueses, a responsabilidade pré-contratual pública foi reconhecida, pela primeira vez, no Parecer nº 138/79, da Procuradoria-Geral da República. Todavia, o Código de Procedimento Administrativo e o Decreto-Lei nº 48.051, de 21 de novembro de 1967, eram silentes a seu respeito. Foi no artigo 7º, nº 2, da Lei nº 67/2007, que a responsabilidade pré-contratual pública mereceu disposição legal especial. Entretanto, embora houvesse contemplado o direito à indenização por quem sofresse lesão, reportou-se, em sua redação original, à disciplina da responsabilidade civil extracontratual, fulcrada na presunção de culpa leve pela prática de atos ilícitos (artigo 10, nº 2), no que foi objeto de censura pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, no Acórdão de 14 de outubro de 2004. Na ocasião, a Corte decidiu que a subsunção do pleito do particular à prova de culpa administrativa, num processo particularmente dinâmico como o pré-contratual público, significava - ainda que fosse possível realizar a prova - dificultar-lhe o acesso à Justiça para a reparação do direito violado, ou na dicção do Acórdão, tornar “impossível ou excessivamente difícil a sua efetivação”, ofendendo o artigo 2º, nº 1, c, da Diretiva nº 89/665/CEE.

Posteriormente, a Comissão Europeia denunciou a República Portuguesa, por não ter, em sua interpretação, dado cumprimento ao Acórdão de 14 de outubro de 2004.¹²⁸⁵ Em 10 de janeiro de 2008, a Corte Europeia infligiu coima ao Estado Português, por haver entrado em rota de colisão com a norma comunitária ao não revogar o Decreto-Lei nº 48.051/67.¹²⁸⁶ De conseguinte, restou consagrada a responsabilidade objetiva do Estado.

Em observância à decisão sancionadora, Portugal revogou o Decreto-Lei nº 48.051/67, e editou, em 17/07/2008, a Lei nº 31, que alterou o artigo 7º, nº 2, da Lei

¹²⁸³ UNIÃO EUROPEIA. DIRETIVA N.º 92/13/CEE. Disponível <http://eur-ex.europa.eu>

¹²⁸⁴ MEALHA, Esperança. *Op. cit.*, p. 14.

¹²⁸⁵ UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Acórdão de 10.01.2008*. (Processo nº C-70/06). Disponível em <http://curia.europa.eu>.

¹²⁸⁶ UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Acórdão de 14.10.2004*. Disponível em <http://curia.europa.eu>.

nº 67/2007, para o fim de remeter a matéria de responsabilidade estatal pré-contratual às normas comunitárias,¹²⁸⁷ alinhando-a, então, à jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu. Por força dessa alteração, foram reformados os artigos 100 a 103 do Código de Processo dos Tribunais Administrativos, os quais instituíram o processo urgente de impugnação e a possibilidade de adoção das medidas provisórias a fim de reparar as ilegalidades ocorridas no procedimento, oportunizando ao licitante ilicitamente excluído a reparação tempestiva do direito violado. Porém, quem sofre a lesão deve impugnar previamente o ato administrativo pré-contratual, sob pena de se operar a preclusão consumativa.¹²⁸⁸

Com efeito, com o novo regime, a responsabilização objetivou-se, prescindindo da demonstração de culpa pelo interessado, sem prejuízo de haver direito de regresso em havendo culpa grave ou dolo do funcionário público causador do dano, conforme o artigo 8º, nº 4, da Lei nº 67/2007.

Reportando-se aos contratos disciplinados pelo artigo 100 do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, o regime de responsabilidade previsto no artigo 7º, nº 2, retroaludido, restringiu-se às empreitadas e às concessões de obras públicas, à prestação de serviços e ao fornecimento de bens, alcançando-se os mesmos contratos nos setores de água, de energia, dos transportes e dos serviços postais. De fora, as concessões de serviços públicos e a concessão de uso privativo ou de exploração do domínio público,¹²⁸⁹ o que não implica, todavia, em deixar indene de reparação os prejuízos sofridos nesse âmbito.¹²⁹⁰

4.1 A decisão de contratar e o direito ao contrato

Inaugura o procedimento pré-contratual português a decisão de contratar, definida por Sérvulo Correia como o “acto inicial e propulsivo do procedimento pré-contratual”.¹²⁹¹ Pode ou não ser formalizada expressamente no procedimento, sendo sempre publicada, ocasião em que se leva ao conhecimento dos interessados a intenção administrativa de selecioná-los com vistas à celebração de um contrato administrativo. Por força da garantia constitucional de impugnação dos atos administrativos, consagrada no artigo 268º, nº 4, da Constituição Portuguesa, além das disposições legais que estatuem a possibilidade de impugnação autônoma dos atos unilaterais pré-contratuais, predomina a “teoria da destacabilidade”, segundo a qual os aludidos atos são destacáveis do contrato propriamente dito.¹²⁹² É, assim, a decisão de contratar ato administrativo unilateral, aplicando-se o regime de invalidade dos atos administrativos.¹²⁹³

¹²⁸⁷ PORTUGAL. *Lei nº 67/2007*. Disponível em <http://dre.pt>.

¹²⁸⁸ CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. *Regime da responsabilidade extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*. Coimbra: Coimbra, 2011. p. 162.

¹²⁸⁹ GONÇALVES, Pedro. *Avaliação do regime jurídico do contencioso pré-contratual*. Cadernos de Justiça Administrativa, n. 62, p. 6.

¹²⁹⁰ CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. *Op. cit.*, p. 163.

¹²⁹¹ CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 657.

¹²⁹² SOUZA, Marcelo Rebelo de. *O concurso público na formação do contrato administrativo*. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1994. p. 339.

¹²⁹³ CORREIA, Sérvulo. *Op. cit.*, p. 658 e 659.

Tradicionalmente, a doutrina portuguesa sempre se inclinou pela ausência de um compromisso administrativo em, uma vez tornado público, prosseguir com o procedimento pré-contratual até o seu deslinde e, assim, de dever adjudicar o seu objeto ao candidato vencedor. Haveria aí tão apenas um “mero convite a apresentar propostas”.¹²⁹⁴ Mais recentemente, porém, com o crescimento e a consolidação da normatização europeia, a doutrina passou a trilhar outra posição.

Consoante Sérvulo Correia, é a decisão de contratar “uma liberdade de determinar-se ao negócio”, compreendendo uma proposta ao público. Ao deflagrar o procedimento, o Estado formula uma proposta de contratação: vincula-se “(...) a levar avante o procedimento pré-contratual e, designadamente, a apreciar as propostas com intenção de escolher a melhor de entre as que não estiverem aquém dos limites da aceitabilidade”.¹²⁹⁵

Devendo se conduzir com seriedade, na medida em que está jungida à lei e à prossecução do interesse público, a Administração, ao abrir uma licitação, “se obriga, nos exactos termos formulados na lei e no programa do concurso, a escolher um adjudicatário e a contratar, desde que seja apresentada uma proposta que a satisfaça”, consoante Margarida Olazabal Cabral.¹²⁹⁶

Congregando os dois pontos de vista, Marcelo Rebelo de Sousa afirma que “simultaneamente com uma proposta contratual da espécie oferta ao público contém a abertura do concurso um convite a contratar concernente ao contrato administrativo final”.¹²⁹⁷

Não discrepa da linha vinculativa Ruy Cardona, para quem se trata de “uma promessa pública, enquanto acto através do qual o declarante se obriga unilateralmente à realização de uma prestação – no caso, uma prestação de facto jurídico, que consiste na celebração do contrato objeto do concurso - perante um leque indeterminado de destinatários”.¹²⁹⁸

Prevalece, assim, na atualidade, a concepção de que há um direito de contratar de quem oferta a melhor proposta e uma expectativa de direito de quem concorre, porque, na contrapartida, a Administração promete-lhe um contrato na abertura do procedimento. E, nessa linha de intelecção, consoante o artigo 76, nº 1, do Código de Contratos Públicos, é a adjudicação “um dever jurídico da entidade adjudicante” e os licitantes selecionados possuem o direito de vê-la proferida. Após a adjudicação, ficam vinculados a contratar, nos termos da proposta e do caderno de encargos, a entidade adjudicante e o adjudicatário. Como ato administrativo constitutivo de direitos - ápice do processo – a adjudicação somente pode deixar de ser proferida caso concorra uma causa de invalidação ou de revogação.¹²⁹⁹ O liame que aí se constitui firma-se em face dos princípios da boa-fé e da estabilidade, resguardando este último não só o direito à celebração do contrato, como também à ampla concorrência.¹³⁰⁰

¹²⁹⁴ CAETANO, Marcelo. *Manual de Direito Administrativo*. V. I. 10. ed. Coimbra: 2005, p. 596 e 597.

¹²⁹⁵ CORREIA, Sérvulo. *op. cit.*, p. 656 e 657.

¹²⁹⁶ CABRAL, Margarida Olazabal. *O concurso público nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 219, 220 e 233.

¹²⁹⁷ SOUSA, Marcelo Rebelo de. *O concurso público na formação do contrato administrativo*. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1994. p. 48.

¹²⁹⁸ FERREIRA, Rui Cardona. *Indenização do interesse contratual positivo e perda de chance (Em especial, na contratação pública)*. Coimbra: Coimbra, 2011. p. 53.

¹²⁹⁹ OLIVEIRA, Mário Esteves; OLIVEIRA, Rodrigo Esteves. *op. cit.*, p. 1008 e 1041.

¹³⁰⁰ SOUSA, Marcelo Rabelo de; MATOS, André Salgado de. *Direito Administrativo Geral. Actividade Administrativa*. Parte III. Lisboa: D. Quixote, 2006. p. 313.

Com efeito, em cada fase do iter procedimental, situações diversas podem ocorrer, lícitas e ilícitas, que, sustando ou não o procedimento, acarretam o direito à indenização ao particular. Enquanto antes da adjudicação podem ocorrer causas lícitas impeditivas do curso do processo, como a revogação por motivo de interesse público, entre a adjudicação e a assinatura do contrato, pode ocorrer a exigência ilícita de obrigações novas, a exclusão de direitos, a exigência de cláusulas ilegais, levando à desistência do licitante, ou mesmo à anulação do contrato por falha da Administração. Pode ocorrer, ainda, a outorga extemporânea do contrato ou, após sua outorga ou assinatura, alterações contratuais em desconformidade com a lei. Todas essas situações ensejam responsabilidade estatal, se provocarem prejuízos.

4.2 A medida da indenização

Em matéria de indenização, dois conceitos relevantes são: o de interesse contratual negativo (dano de confiança) e o de interesse contratual positivo (dano de cumprimento). Ambos transitam tanto no direito privado, quanto no direito público pré-contratual.

A lesão que não teria ocorrido se não fosse frustrada a expectativa contratual concerne ao interesse contratual negativo (dano de confiança), ao passo que o benefício ou a vantagem econômica que a contratação traria ao prejudicado corresponde ao interesse contratual positivo (dano de cumprimento), o qual é cabível apenas, de forma excepcional, quando o contrato não for consumado por culpa da Administração, ou, como diz Cadilha, “a conduta culposa da parte consistir na violação do dever de conclusão do negócio”.¹³⁰¹

O conceito de interesse contratual negativo abarca o dano emergente, que compreende os encargos com a elaboração e a apresentação das propostas que restaram infrutíferas, e os lucros cessantes, concernentes à perda de outras oportunidades.¹³⁰² A respeito destes, no Acórdão *Brasserie du Pêcheur*, o Tribunal de Justiça da União Europeia deliberou “a exclusão total, a título do prejuízo reparável, do lucro cessante não pode ser aceito em caso de violação do direito comunitário”.¹³⁰³

Para que faça jus à indenização do interesse negativo, o prejudicado deve provar que não teria concorrido, nem realizado as despesas com a participação, se não fosse a expectativa de formalizar a avença com o Estado. Já no interesse positivo, caso o objeto seja adjudicado a outrem de forma ilegal ou haja revogação ilícita, o lesado necessita demonstrar que possuía a melhor proposta. Para tanto, o critério de adjudicação deve ser exato e não envolver nenhuma margem de livre apreciação.¹³⁰⁴ É sempre excepcional.

Na anulação do procedimento, não há espaço para a indenização do interesse positivo, sequer de quem estava em condições de vencê-lo, porque não há uma preterição, mas apenas a expectativa de ser proferida uma decisão final. Cabível a indenização do interesse negativo, correspondente aos custos na elaboração da proposta e a eventuais

¹³⁰¹ CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. *op. cit.*, p. 102.

¹³⁰² Segundo Antunes Varela, o interesse contratual negativo é definido como “a perda patrimonial que não teria tido se não fosse a expectativa na conclusão do contrato frustrado ou a vantagem que não alcançou por causa da mesma expectativa gorada (teria vendido por melhor preço ou teria comprado por melhor preço a terceiro.) (VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. v. 1, 10. ed, Almedina, 2011. p. 271).

¹³⁰³ UNIÃO EUROPÉIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Acórdão de 5.03.1996*. Disponível em http://eur-lex.europa.eu_

¹³⁰⁴ CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. *op. cit.*, p. 109 e 105.

oportunidades que tenha perdido.¹³⁰⁵ Doutro tanto, se a Administração recusa-se a contratar ou contrata outrem, é cabível a indenização do interesse positivo, uma vez que, aberto o procedimento, a adjudicação se impõe à melhor proposta, salvo se provier anulação ou desistência lícita.

A jurisprudência portuguesa tem reconhecido o dano da confiança, na sua dimensão dano emergente, inclinando-se pela concessão do ressarcimento das despesas com a participação no certame. Contudo, em algumas decisões, não reconhece inserido na responsabilidade pré-contratual o lucro da contratação que ele deixou de obter, ou seja, o dano do cumprimento (interesse positivo).¹³⁰⁶ No Acórdão de 7/10/2009 (Processo nº 833/2008), admite a possibilidade, mas o candidato não logrou provar que seria o adjudicatário.¹³⁰⁷ De igual modo, no Acórdão de 29/10/2009 (Processo nº 229/2009).¹³⁰⁸ Quando o desfazimento do quase negócio ocorre após a adjudicação, encontra-se decisão que exclui as despesas com o preparo das propostas da indenização.¹³⁰⁹

No que tange, ainda, ao cálculo da indenização, o artigo 4º da Lei nº 67/2007 prescreve a modulação do grau de culpabilidade do lesado na ocorrência do dano, ou no seu agravamento, por “não ter utilizado a via processual adequada à eliminação do ato jurídico lesivo”.¹³¹⁰ Se era evidente a ilegalidade do ato e, mesmo assim, deixou o lesado que ele produzisse efeitos, sem impugná-lo judicialmente, auferindo dele vantagens (ou não), não poderá, passado certo lapso temporal, requerer sua dissolução e consequente indenização, porque concorreu, em certa medida, para a produção dos prejuízos que tenha sofrido.

5 A responsabilidade pré-contratual publicista no Brasil

Não se dá, no Brasil, o mesmo realce que em Portugal ao ato pelo qual a autoridade administrativa abre o procedimento licitatório.¹³¹¹ O exame doutrinário dos direitos dos licitantes e do adjudicatário ganha espaço nos comentários à adjudicação, até porque é quase sempre na iminência de se encerrar o procedimento que são descobertos vícios que levam à sua invalidação ou são declaradas as inconveniências que o atingem.

Diz Hely que é a “adjudicação o ato pelo qual se atribui ao vencedor o objeto da licitação para a subsequente efetivação do contrato”.¹³¹² Já Adilson Dallari afirma ser o ato adjudicatório aquele pelo qual se confere ao licitante o direito de contratar com a Administração, “quando esta quiser contratar e se ela quiser contratar”. E acrescenta ser seu objetivo “declarar a proposta, em princípio, aceitável pela Administração e, com

¹³⁰⁵ CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. *op. cit.*, p. 109.

¹³⁰⁶ CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. *op. cit.*, p. 103.

¹³⁰⁷ PORTUGAL. SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Acórdão de 07.10.2009*. Rel. João Belchior. Disponível em http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/324b30523390852d8025764f0047ea8b?OpenDocument&Highlight=0,interesse,contratual,positivo_

¹³⁰⁸ CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. *op. cit.*, p. 103.

¹³⁰⁹ PORTUGAL. SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO. *Acórdão de 07.03.2006*. 2ª Subsecção do CA. Relator Isabel Jovita. Processo 965/2003.

¹³¹⁰ PORTUGAL. *Lei nº 67/2007*. Disponível em <http://dre.pt/pdf1s/2007/12/25100/0911709120.pdf>.

¹³¹¹ Ao comentar a norma, diz Marçal Justen Filho ser o ato de abertura praticado no exercício de competência vinculada e discricionária. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 485).

¹³¹² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16. ed. SP: Revista dos Tribunais, 1991. p. 274.

isso, obrigar a Administração a praticar os atos de controle necessários à integração do procedimento”.¹³¹³

Pondo em relevo que a homologação e a adjudicação são atos interligados e complementares, pois não se homologa sem adjudicar, nem se adjudica sem homologar, Marçal diverge do conceito de Hely e propõe ser a adjudicação a “proclamação final de que, além de ser vencedora, uma determinada proposta atende às conveniências e às necessidades da Administração e que a contratação administrativa será realizada com o adjudicatário”.¹³¹⁴

Segundo Carvalho Filho, homologado o procedimento, nasce o direito à adjudicação e ao contrato.¹³¹⁵ Igualmente, Adilson Dallari, ao asseverar que “a licitação, no momento em que é aprovada, aperfeiçoa uma promessa de contrato, um compromisso de contratar, emergindo daí um direito ao contrato”.¹³¹⁶ “Terminado o procedimento, com a adjudicação, a Administração está obrigada a convocar o interessado para assinar o contrato”, diz Di Pietro.¹³¹⁷ Num viés vanguardista, Carlos Ari Sunfeld aduz que “o primeiro classificado no certame, cuja proposta já foi considerada aceitável antes do julgamento, tem direito à adjudicação do objeto posto em disputa”.¹³¹⁸

A intelecção desenvolvida pela doutrina acima colacionada parte do pressuposto de ser a homologação, ato da autoridade que certifica a regularidade jurídica do processo, precedente à adjudicação, regime este prescrito na Lei nº 8.666/93. Hoje, na modalidade preferencial de pregão, regulada pela Lei nº 10.520, de 17.07.2002, o pregoeiro adjudica e, posteriormente, a autoridade homologa. Uma vez que estão imbricados, a alteração da ordem, de acordo com a modalidade licitatória em causa, não é relevante ao quanto aqui se expõe.

Destarte, mesmo no universo da Lei nº 8.666/93, diz Marçal que o adjudicatário tem “mera expectativa de direito a contratar”. E isto porque, parece claro, mesmo após a homologação, nas modalidades convencionais, podem sobrevir motivos que ensejem a anulação ou a revogação, que não eram conhecidos ou não existiam.

De toda sorte, os horizontes acerca dos direitos dos participantes nas licitações são mais amplos e remontam à decisão de licitar, que, no Brasil, não chega a ser um ato administrativo destacado e, portanto, acaba por ter sua relevância jurídica ignorada. Os atos vinculativos internos, consoante a Lei nº 8.666/93, são o parecer jurídico que aprova o edital de licitação e o ato da autoridade que aprova o projeto básico ou o termo de referência, os quais não são divulgados. Divulga-se apenas o ato convocatório, em cujo bojo encontra-se, em anexo, o projeto básico ou o termo de referência, onde deve estar consignada a justificativa da necessidade da contratação. Ora, a motivação discricionária da abertura da licitação, assim divulgada, vincula a autoridade na condução do procedimento licitatório. Todavia, a realidade jurídica brasileira ainda não evoluiu para tornar a autoridade administrativa jungida às suas decisões discricionárias. Nem ela se sente adstrita às razões que invoca, nem o Judiciário a compele a tanto. Como exercer,

¹³¹³ DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos Jurídicos da Licitação*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 154.

¹³¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15. ed. SP: Dialética, 2012. p. 698.

¹³¹⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 10. ed. RJ: Lumen Juris, 2007. p. 261.

¹³¹⁶ DALLARI, Adilson Abreu. *op. cit.*, p. 186.

¹³¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Adjudicação. Direito do licitante vencedor à adjudicação e à assinatura do contrato. In: *Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos*. 5. ed. SP: Malheiros, 2001. p. 268.

¹³¹⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 24 e 27.

então, o controle sobre as decisões que afirmam a superveniência de fatos que tornam a continuidade do certame público inconveniente ou inoportuno?

Com efeito, se vigora no Brasil o princípio do devido processo legal e se a Administração Pública está adstrita aos princípios da legalidade, da motivação e da impessoalidade, iniciado o processo licitatório, deve a autoridade prosseguir até o seu regular desfecho, de maneira que a desistência em seu curso exige ato fundamentado, quer em ilegalidade, quer em interesse público superveniente ou de conhecimento superveniente. Indispensável, pois, que seja o procedimento concluído na forma da lei.

Em verdade, antes de ser adjudicatário, o licitante tem o direito de ter sua proposta apreciada em julgamento imparcial e conclusivo, ainda que não logre ser o vencedor e sequer tenha chance disso. E não só: faz jus a um pronunciamento estatal que adjudique o objeto, anule ou revogue a licitação.¹³¹⁹ Isso é reflexo do respeito ao princípio da boa-fé. Se o licitante está obrigado a portar-se com honestidade, ofertando proposta séria e exequível para o objeto licitado, o Estado também tem o dever de portar-se com seriedade e respeito aos participantes, desde a abertura do procedimento. Quando assim não age, deve responder pelos danos que seu comportamento leviano ocasionar.

Pois bem. A anulação e a revogação são atos administrativos vinculados, porquanto prescreve a Lei seus pressupostos, de modo que não prospera falar em discricionariedade em sua prolação. Esta se faz presente apenas na valoração dos motivos da revogação, os quais devem existir e ser indicados expressamente pelo gestor.

Em seu §1º, o artigo 49 da Lei de Licitações estatui: “A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar”. As despesas feitas com a apresentação das propostas são consideradas risco de investimento.

Quem admite a legitimidade do artigo precitado o faz ao argumento de não poder o ato nulo produzir efeitos, nem originar direitos, em consonância com a Súmula nº 473, do STF, de 03 de dezembro de 1969, do seguinte teor: “A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.¹³²⁰

Abalizada doutrina juspublicista, entretanto, opõe-se a esse entendimento.

Marçal afirma a inconstitucionalidade daquela norma por ofender o artigo 37, §6º, da Constituição Federal, cujos “contornos são amplos”. Embora o particular não possa exigir a permanência do ato ilegal, pode exigir o ressarcimento dos prejuízos que o ato administrativo eivado de vício lhe provocou.¹³²¹ Reconduz Marçal a responsabilidade pré-contratual pública à hipótese de responsabilidade extracontratual, inclusive, invocando a responsabilidade objetiva. Evidentemente, devem ser demonstrados o dano e o nexo de causalidade, alcançando, em sua concepção, os danos emergentes e os lucros cessantes.¹³²²

No mesmo sentido da inconstitucionalidade Couto e Silva. Diz o jurista: “quando a Constituição não dispõe exaustiva ou suficientemente sobre qualquer matéria, costuma

¹³¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15. ed. SP: Dialética, 2012, p. 703.

¹³²⁰ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 18.06.2013.

¹³²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12. ed. SP: Dialética, 2008. p. 629 e 630.

¹³²² JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 629 e 630.

usar a cláusula 1na forma da lei” ou semelhante”, o que não ocorreu no artigo 37, §6º, da Constituição Cidadã, razão pela qual a responsabilidade estatal “não pode ser excluída ou mesmo restringida por norma jurídica infraconstitucional, sob pena de lesão à regra hierarquicamente superior, incorrendo, assim, na censura de inconstitucionalidade”. O ressarcimento devido aos que sofrerem prejuízos por atos administrativos ilegais não se fulcra no contrato eivado de vício, mas na noção que veda o enriquecimento sem causa. O jurista, em largos horizontes, alcança a perda de chance.¹³²³

Sustenta igualmente a inconstitucionalidade do artigo 49, §2º, da Lei de Licitações, Celso Antônio, para quem o artigo 37, §6º, do Estatuto Político, não estabelece “qualquer decepção entre danos oriundos de atos ilícitos e danos provenientes de atos lícitos”. Se a anulação foi proferida antes que se conheça o detentor da melhor proposta, e ainda que seja legítima, enseja a indenização pelos gastos realizados por quem dela participou, desde que esteja de boa fé e não tenha concorrido para o vício. Entretanto, em sua opinião, se a invalidação ocorrer após a escolha do vencedor, somente este fará jus à indenização, pois os demais teriam incorrido do mesmo modo nas despesas efetuadas. E, “a menos que o vício determinante da invalidação haja interferido de maneira a causar para algum participante um risco anômalo radicado no ato viciado, não lhe assistirá pleitear ressarcimento de despesas que de qualquer sorte restariam desacobertadas”.¹³²⁴

Igualmente defende ser “absolutamente irrecusável” a responsabilidade da administração em hipótese de anulação, Dallari.¹³²⁵ Afirma haver locupletamento ilícito do Estado se a responsabilidade não for admitida, Carvalho Filho.¹³²⁶ Hely também conclui pela possibilidade de responsabilização se a ilegalidade houver sido provocada pela Administração, embora, a princípio, diga que a anulação com justa causa não sujeita a Administração a qualquer indenização.¹³²⁷

Já quanto à revogação do procedimento licitatório, esta tem lugar quando há “razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta”, na dicção do artigo 49, *caput*, da Lei de Licitações.¹³²⁸ Decorre, assim, de ato lícito, com efeitos *ex nunc*. Passível de ocorrer em qualquer fase do procedimento, bastando que o interesse público o exija. Silencia a Lei, contudo, acerca do direito de indenização do particular, o que gera certa incerteza jurídica, prevalecendo doutrinariamente sua admissibilidade.

Hely defende que o concorrente, caso o ato de revogação não seja motivado, pode obter judicialmente o seu desfazimento ou a possibilidade de indenização.¹³²⁹ Aqui, a indenização decorre de uma revogação ilícita, o que faz presumir que, em sua concepção, sendo lícita, isto é, fundamentada, não caberia o ressarcimento dos prejuízos causados.

Dallari explicita, por sua vez, que tanto os atos ilícitos como os atos lícitos podem ensejar a indenização, se, provocados pela Administração, causarem danos aos particulares. Invoca, ainda, Antônio Chaves, para quem a anulação e a revogação do

¹³²³ SILVA, Almiro Couto e. *Responsabilidade Pré-Negocial e Culpa in Contrahendo no Direito Administrativo Brasileiro*. Revista da Procuradoria-Geral do Estado. n. 57. Cadernos de Direito Público. Porto Alegre, 2004. p. 174 e 176. Disponível em www.pge.rs.gov.br/upload/revista_pge_57_sup.pdf.

¹³²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *op. cit.*, p. 604 e 605.

¹³²⁵ DALLARI, Adilson Abreu. *op. cit.*, p. 183.

¹³²⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *op. cit.*, p. 263.

¹³²⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. 11. ed. São Paulo: 1990, p. 142

¹³²⁸ BRASIL. *Lei nº 8.666/93*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm.

¹³²⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro. op. cit.*, p. 277.

procedimento sem amparo legal podem caracterizar “recusa injustificada de contratar”, tal como ocorre no âmbito do direito civil.¹³³⁰ De igual modo, Lúcia Figueiredo: “estariamos diante, destarte, da responsabilidade administrativa por ato lícito, em franco atendimento, pois, ao postulado constitucional contido no artigo 37, §6º, do Diploma Básico, que não perquire para esse efeito – a licitude da conduta administrativa”.¹³³¹

No particular da revogação, diz Celso Antônio: “se a Administração exige seriedade dos concorrentes e firmeza em suas propostas, não pode, depois, mesmo socorrida por razões de interesse público, deixar de atuar com seriedade e honrar a firmeza da convocação que fez”.¹³³² Logo, cumpre à Administração ressarcir os prejuízos de quem concorreu ao certame e, com muito mais razão, se a revogação for ilícita.

Embora a doutrina já venha de há algum tempo se inclinando pela responsabilização do Estado em licitações, seja por atos lícitos, seja por atos ilícitos, a jurisprudência brasileira não a acompanhou: ainda não admite a responsabilidade estatal em hipótese de anulação, em face do óbice legal e, no tocante à revogação, apenas algumas decisões a admitem. À guisa de exemplo, o Superior Tribunal de Justiça decidiu: “Na anulação, não há direito algum para o ganhador da licitação; na revogação, diferentemente, pode ser a Administração condenada a ressarcir o primeiro colocado pelas despesas realizadas”.¹³³³ Enquanto isso, outros Tribunais Federais posicionam-se contrariamente, como o TRF da 5ª Região, *in verbis*: “A revogação, situando-se no âmbito dos poderes administrativos, é conduta lícita da Administração que não enseja qualquer indenização aos licitantes, nem particularmente ao vencedor, que tem expectativa na celebração do contrato, mas não é titular do direito subjetivo”.¹³³⁴

Há muito, pois, a ser descortinado pela Justiça Brasileira ao derredor do tema.

6 A perda de chance na contratação pública luso-brasileira

O germen da concepção do que comumente se conhece como perda de uma chance no direito civil teve origem em acórdão da Corte de Cassação francesa, de 17 de julho de 1889, no qual foi reconhecida a perda de possibilidade de acesso à Justiça e, assim, da obtenção de uma sentença favorável. Daí em diante, iniciou-se a construção jurisprudencial francesa em torno da chamada perda de chance em diversas direções.

Mesmo no âmbito da doutrina francesa e italiana, onde se divisa certa unanimidade, professa-se três correntes: uma, acomodando a perda de chance como um dano emergente autônomo, outra, no terreno da causalidade dos lucros cessantes, e outra, como um dano final, que refoge aos parâmetros da causalidade. De maior ressonância a primeira, vista como “lesão a uma situação jurídica já integrada no patrimônio do lesado e traduzida na possibilidade de aquisição da vantagem a que se refere a própria chance”.¹³³⁵

¹³³⁰ DALLARI, Adilson Abreu. *op. cit.* p., 183 e 184.

¹³³¹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 169.

¹³³² MELLO, Celso Antônio Bandeira. *op. cit.*, p. 603.

¹³³³ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Acórdão de 28.03.2007. Mandado de Segurança nº 12.047/DF, 1ª Seção, Relª Ministra Eliana Calmon, Diário da Justiça de 16.04.2007.

¹³³⁴ BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO. Acórdão de 07.11.2007. Apelação Cível AC 411.495 AL 2006.80.00.002897-2. 3ª T. Rel. Des. Frederico Pinto de Azevedo. Disponível em www.jusbrasil.com.br.

¹³³⁵ FERREIRA, Rui Cardona. *op. cit.*, p. 12 e 13.

Evidencia-se a perda de chance quando já é impossível reconstituir a situação hipotética através da emissão de um novo ato em face de uma “causa legítima de inexecução”. Indeniza-se pela “perda da situação jurídica cujo restabelecimento a execução da sentença lhe teria proporcionado”.¹³³⁶

A construção teórica no cenário pré-contratual público é a mesma existente no âmbito privado: o dano se caracteriza na perda da oportunidade. O nexo de causalidade é difícil de ser evidenciado e a fixação do *quantum* indenizatório é feita de acordo com juízo de equidade, pois, sendo a possibilidade de obtenção da vantagem incerta, ela não deve ser restituída em sua integralidade, mas na proporção do grau de probabilidade que havia de ser obtida. “*El vínculo causal entre el hecho lesivo y el daño es, por tanto, difuso*”.¹³³⁷

Dilucida Luis Medina Alcoz que a teoria em causa pretende salvaguardar a vítima que se encontra, em certa medida, numa situação de desigualdade em relação ao agente, por haver sofrido um dano cuja prova do nexo de causalidade não consegue fazer, por carecer de conhecimentos e meios para tanto. Todavia, subsiste uma “*fuerte intuición, sospecha o certeza moral*” de que houve. Pretende-se evitar que a dificuldade de provar leve à exoneração da responsabilidade de quem pode ter causado o dano.¹³³⁸

Cadilha realça, com pertinência, que não importa a perda de chance em dano eventual ou futuro, mas dano certo e atual, por corresponder a uma perda concreta – que já está incorporada ao patrimônio do lesado – de obter um resultado favorável. Conquanto não seja a perda de um resultado ou de uma vantagem, é a perda da probabilidade de obtê-la, que se constitui dano emergente e é indenizável, se imputável a outrem.¹³³⁹

Parece assistir razão a Silvia Sastre, ao defender que a Diretiva nº 92/93/CEE agasalhou a teoria da perda de chance, ao considerar suficiente para a responsabilização estatal a prova de que a proposta do candidato tinha potencial para ser a vencedora. Com isso, o legislador comunitário assegurou o máximo de proteção jurídica possível (que corresponde aqui à garantia mínima), alcançando, no percurso, o interesse contratual negativo e o interesse contratual positivo. E mais: na medida em que o artigo 7º, nº 2, da Lei nº 67/2007, remete a responsabilidade pré-contratual do Estado à disciplina do direito comunitário, ousa-se afirmar que a perda de chance já está agasalhada no direito português.

No que tange à jurisprudência portuguesa, já despontam vários acórdãos, admitindo - quase sempre em tese, porque a prova é difícil - a teoria da perda de oportunidade, tanto na esfera do direito privado, quanto na esfera do direito público, destacando-se o Acórdão de 25 de fevereiro de 2009, proferido no Processo nº 47.472-A, do Supremo Tribunal Administrativo.¹³⁴⁰

¹³³⁶ PORTUGAL. SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO. Acórdão de 20.11.2012. Proc. nº 949/2012. Rel. Alberto A. Oliveira. No mesmo sentido, Acórdão de 08.02.2011, Proc. nº 891/2010, Rel. Alberto A. Oliveira.

¹³³⁷ SASTRE, Silvia Díez. *op. cit.*, p. 260.

¹³³⁸ ALCOZ, Luis Medina. *La Teoría de la Pérdida de Oportunidad. Estudio Doctrinal y Jurisprudencial de Derecho de Daños Público y Privado*. Pamplona: Thomson Civitas, 2007. p. 79.

¹³³⁹ CADILHA, Carlos A. F.. *op. cit.*, p. 99 e 100. Distingue, ainda, perda de chance de lucros cessantes, à p. 100: “(...) o lucro cessante pressupõe que o lesado era titular, no momento da lesão, de uma situação jurídica que lhe proporcionava o direito a um ganho, que, por virtude do fato lesivo, se frustrou. A prova do lucro cessante não incide propriamente sobre os ganhos que se deixaram de obter, mas sobre a titularidade da situação jurídica que permitiria obtê-los, podendo conjecturar-se, por isso, alguma relativa certeza sobre a ocorrência do dano. No caso da perda de chance, os indícios probatórios operam sobre a expectativa de obter um ganho e não sobre a própria verificação desse ganho.”

¹³⁴⁰ CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. *op. cit.*, p. 98 e 99.

O reconhecimento da teoria da perda de oportunidade ainda é incipiente no Brasil. Os primeiros acórdãos provieram do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Entretanto, a evolução jurisprudencial ainda é muito lenta. No Superior Tribunal de Justiça, são encontradas decisões onde a teoria foi aplicada em casos de responsabilidade de advogado e de médico, enquadrando a perda de chance em responsabilidade aquiliana.¹³⁴¹

A doutrina brasileira não destoa da portuguesa: compreende a perda de uma possibilidade de ganho ou de uma vantagem que a vítima esperava obter. Não há prova de existência de causalidade entre a perda da aposta e o ganho aspirado, pois há aleatoriedade na aposta e qualquer evento externo pode levar à perda do ganho. Não se sabe se a perda do ganho aspirado foi provocada pelo agente do ato danoso. Em suma: “a vítima experimentará a perda de uma probabilidade de um evento favorável”.¹³⁴²

O que é interessante no contexto brasileiro é o fato de serem encontrados exemplos de situações que ensejariam a invocação da teoria e, até mesmo de decisões judiciais, que cogitaram da sua aplicação ao procedimento licitatório, reveladas pela doutrina civilista.

Petteffi refere-se à hipótese que poderia ter ensejado a responsabilização pela perda de chance, concernente à suspensão de uma licitação para a compra de aviões que levou à queda das ações da Embraer na BOVESPA.¹³⁴³ Noutro momento, cita um julgado do Min. Ilmar Galvão, de 29/10/1990, no STJ, onde, embora não tenha sido provido o recurso pela ausência de prova nos autos do prejuízo, o Ministro admitiu ter a mera chance valor econômico.¹³⁴⁴ Outro igualmente relevante foi o Rec. Esp. nº 32.575, de 1º/09/1997, da relatoria do Min. Ari Pargendler, onde a Companhia de Petróleo Ipiranga pleitava indenização contra o Estado de São Paulo pela concessão, sem licitação, à Petrobrás, de áreas de terreno para a implantação de centros de abastecimento e de serviços na Rodovia Presidente Castelo Branco. O juiz de primeiro grau decidiu pela impossibilidade jurídica do pedido, tendo sido sua decisão invalidada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que aventou a possibilidade de perda de chance e a devolveu para novo julgamento. Neste, o juiz concedeu a indenização a título de lucros cessantes, mantida pelo Tribunal de Justiça, que sugeriu a perda de chance ao se reportar ao fato de ter a distribuidora 11,13% do mercado nacional de combustíveis. O acórdão acabou reformado pelo STJ, que manteve a primeira decisão.¹³⁴⁵

¹³⁴¹ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Acórdão de 29.05.2012*. AgRgsp nº 153098/PE, Rel. Min. Humberto Martins. Disponível em www.stj.gov.br.

¹³⁴² SILVA, Rafael Petteffi da. *Responsabilidade Civil pela perda de uma chance*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 12 a 14.

¹³⁴³ “Em 2001, o governo brasileiro promoveu uma licitação para a compra de aviões militares (caças), cujas propostas foram recebidas em 2002, sendo que uma delas provinha de um consórcio em que um dos integrantes era a Embraer. Depois das eleições de outubro de 2002, o governo federal eleito resolveu, em janeiro de 2003, suspender as atividades licitatórias sem previsão para a retomada dos trabalhos. A perda da possibilidade de ganhos futuros foi imediatamente sentida pelo mercado financeiro, fazendo com que as ações da Embraer “despencassem” logo após a notícia de suspensão da aludida licitação. Em rigor, a Embraer tinha apenas uma chance de auferir lucros, que seria uma possível vitória na licitação referida, mas o simples adiamento da licitação foi suficiente para diminuir o valor de mercado da companhia.” (SILVA, Rafael Petteffi da. *op. cit.*, p. 14).

¹³⁴⁴ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Acórdão de 29.10.1990*. Agravo Regimental nº 4364/SP. Rel. Min. Ilmar Galvão. www.stj.gov.br.

¹³⁴⁵ “É claro que, não só a autora, como as distribuidoras d’outras bandeiras, - caso houvesse licitação - inscrever-se-iam, dada a manifesta lucratividade desse tipo de empreendimento. É razoável supor que as distribuidoras petrolíferas de maior poder de barganha, inclusive a PETROBRÁS, tivessem maior possibilidade de ganho. Mas, à ausência de concorrências públicas, razoável o critério pericial, ou seja, pela parte ideal dentro do mercado distributivo.” (BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SP. *Acórdão de 5.02.1991*. Apelação Cível nº 133.316-1. Rel. Des. Alfredo Migliore).

No STJ, já se encontram alguns acórdãos que reconhecem a responsabilidade estatal por perda de chance nos concursos para provimento de cargos públicos. Foi o caso do aresto da relatoria de Teori Zavascki, de 21/09/2011, no qual se apreciou a nomeação tardia, mediante decisão judicial, de servidor aprovado em concurso público. A ementa reporta-se à jurisprudência do STF, afirmando: “não assiste ao concursado o direito de receber, pura e simplesmente, o valor dos vencimentos que poderia ter auferido até o advento da nomeação determinada judicialmente; reconheceu-se, todavia, o direito à indenização por perda de chance, que, naquele caso concreto, seria a diferença entre os vencimentos do cargo e o valor que, no período da demora, o candidato havia recebido no desempenho da atividade contratual”.¹³⁴⁶

7 Conclusão

Quanto mais a Administração avança rumo à contratação, mais cresce sua responsabilidade no tocante à eventual frustração dos participantes na celebração do contrato. Partindo das lições pré-contratuais privatísticas, onde as expectativas nascidas nas negociações preliminares são juridicamente protegidas desde o início do século passado, por iniciativa de Ihering, passou-se a lançar olhos igualmente protetivos às negociações preliminares públicas, levadas a efeito pelo Estado. É a reverência ao princípio da boa-fé que deve permear as relações jurídicas contratuais públicas e privadas.

Com o propósito de assegurar a efetividade dos princípios consagrados no Tratado de Roma - em especial, o livre comércio e a não discriminação - assim como os demais regramentos que informam os procedimentos de adjudicação e que daqueles decorrem, as Diretivas nºs 89/665/CCE e 92/13/CEE, alteradas posteriormente pela Diretiva nº 2007/66/CEE, passaram a impor, no cenário europeu, que os Estados-Membros criassem instrumentos processuais que tornassem efetivo o acesso à Justiça.

Percebendo-se que a ausência, nos direitos internos, de meios processuais asseguratórios da prolação de provimentos com celeridade não permitiam a correção tempestiva das ilegalidades cometidas no procedimento, as Diretivas obrigaram os Estados, além da criação dos sobreditos instrumentos, a aceitar a objetivação de sua responsabilidade. É que, sendo a prova de culpa extremamente difícil de ser realizada, exige-se a equivalência, em última análise, a negar o acesso à Justiça.

As Diretivas passaram, ainda, a exigir a observância de um interregno mínimo entre a adjudicação e a convocação para a celebração do contrato, evitando a “corrida à assinatura”, prática capciosa de Administrações que objetivavam burlar as exigências comunitárias, tornando prejudicada a eventual decisão judicial corretiva. Ademais, as Diretivas asseguraram o ressarcimento na hipótese de não ser restituído o *status quo ante*, sendo bastante para tanto a prova de que havia a “possibilidade real” de ser conferido o contrato ao adjudicatário. Aqui agasalhou, em nosso modo de ver, o direito à indenização pela perda de chance, proteção jurídica máxima conferida aos candidatos, abrangendo, ainda, a admissibilidade do interesse contratual negativo e positivo.

Percorrendo a literatura portuguesa no terreno da tutela restituitória pública, remanesce consagrada a responsabilização estatal quer por atos ilícitos, quer por

¹³⁴⁶ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Acórdão de 21.09.2011*. EREsp 1117974/RS. Embargos de Divergência em Rec. Esp. Relator do Acórdão Min. Teori Zavascki. Dje 19/12/2011. Disponível em www.stj.gov.br.

atos lícitos, da autoria do Estado, que ocasionem danos aos concorrentes de um certame público ou lhes impeça a obtenção de benefícios econômicos. Reconhece-se a possibilidade de indenização pelo interesse contratual negativo (danos emergentes e lucros cessantes), pelo interesse contratual positivo (quando o licitante provar que sua proposta seria a escolhida) e até pela perda de oportunidade. Já a jurisprudência portuguesa tem reconhecido, sobretudo, a possibilidade de ressarcimento por danos emergentes e pela perda de chance.

Deflagrado o certame público, a entidade adjudicante tem o dever de adjudicar, desde que obtenha proposta que atenda aos requisitos estatuidos no caderno de encargos e que não sobrevenham motivos ensejadores de revogação ou de anulação da decisão de contratar. Consagra, assim, a legislação europeia, de regra, a obrigação estatal de adjudicar, cujo nascedouro situa-se na deliberação de contratar da entidade adjudicante.

Ainda é muito incipiente o reconhecimento da responsabilidade pré-contratual pública no Brasil. Na prática administrativa brasileira, a despeito de abalizadas vozes doutrinárias em contrário, predomina a concepção de que a condução do procedimento licitatório é discricionária, porque a Administração somente contrai despesas e se vincula com a celebração do contrato. Assim, o seu curso pode ser sustado ao alvedrio do administrador, sem qualquer fundamentação. Presentes aqui vestígios de uma Administração que lê em sua supremacia contratual para a salvaguarda de interesses públicos a detenção de poderes arbitrários. Evidentemente que isto revela uma democracia ainda a caminho de consolidar-se.

A rigor, aberto o procedimento com a aprovação do projeto básico ou do termo de referência e sua publicação na forma da lei, os licitantes fazem jus ao devido processo administrativo legal, de modo a que seja levado até o seu deslinde, salvo se ocorrer um motivo superveniente ou de conhecimento superveniente que acarrete sua anulação ou sua revogação. Adjudicado o objeto e homologada a licitação, o licitante vencedor tem direito a ser convocado para firmar o contrato. Essa linha de intelecção deveria levar inescusavelmente ao ressarcimento dos prejuízos causados, quando a Administração sustasse o processo, quer licita, quer ilicitamente, antes ou após a adjudicação. Entretanto, esta perspectiva ainda não colhe o pleno beneplácito da jurisprudência no que tange à anulação. Tampouco da legislação. Os avanços existentes se fazem presentes apenas no campo da revogação, mas ainda oscilante.

Ainda que sua voz não tenha sido ouvida, quer pelo Poder Judiciário, quer pelo Poder Executivo, a doutrina juspublicista brasileira, em sua maioria, rechaça a irresponsabilidade estatal consagrada no artigo 49, §2º, da Lei de Licitações, a sufragar a inconstitucionalidade da norma, seja por ir de encontro ao artigo 37, §6º, da CF, seja por malferir o princípio da segurança jurídica, que não se compadece com a ideia de locupletamento ilícito, muito menos do Estado.

Desse modo, acredita-se que, na medida em que os tribunais brasileiros se defrontarem com pedidos de indenização por prejuízos advindos de atos da Administração na condução dos processos licitatórios, a responsabilidade pré-contratual estatal se concretizará. Por outro lado, a Administração Pública Brasileira somente se portará de forma responsável, quando os agentes públicos que praticarem os atos ilícitos, por dolo ou culpa, forem obrigados, a título de regresso, a devolver ao erário os prejuízos que advierem daqueles atos. Há, pois, um longo percurso ainda a ser trilhado no processo de democratização da gestão público-contratual brasileira.

Referências

- ALCOZ, Luís Medina. *La Teoría de la Pérdida de Oportunidad. Estudio Doctrinal y Jurisprudencial de Derecho de Daños Público y Privado*. Pamplona: T. Civitas, 2007.
- BRASIL. STJ. *Jornadas de Direito Civil*. Disponível em <http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>.
- BRASIL. *Lei nº 8.666/93*, de 21/06/1993. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Súmula nº 473*. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 18/06/2013.
- BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO. *Acórdão de 07/11/2007*. Apelação Cível AC411.495 AL2006.80.00.002897-2. 3ª T. Rel. Frederico P. de Azevedo. Disponível em www.jusbrasil.com.br.
- BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Acórdão de 21/09/2011*. EREsp 1117974/RS. Embargos de Divergência em Recurso Especial. Relator para o Acórdão Min. Teori Albino Zavascki. Dje 19/12/2011. Disponível em www.stj.gov.br.
- BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Agravo Regimental nº 4364/SP*. *Acórdão de 29/10/1990*. Rel. Min. Ilmar Galvão. Disponível em www.stj.gov.br.
- BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. *Acórdão de 5/02/1991*. Apelação Cível nº 133.316-1. Rel. Des. Alfredo Migliore. Disponível em www.tjsp.jus.br.
- CABRAL, Margarida Olazabal. *O Concurso Público nos Contratos Administrativos*. Coimbra: Almedina, 1997.
- CAETANO, Marcelo. *Manual de Direito Administrativo*. v. I, 10. ed. Coimbra: 2005.
- CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. *Regime da Responsabilidade Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*. Coimbra: Coimbra Ed., 2011.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 10. ed. RJ, 2007.
- CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. *La corrupción en la contratación pública en Europa*. Salamanca: Ratio Legis Librería Jurídica, 2009.
- CORDEIRO, António M. da R. e Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2013.
- CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*. Coimbra: Almedina, 2003.
- DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos Jurídicos da Licitação*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Adjudicação. Direito do licitante vencedor à adjudicação e à assinatura do contrato*. In: *Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos*. 5. ed. SP: Malheiros, 2001.
- ESTORNINHO, Mª João. *Curso de Direito dos Contratos Públicos*. Coimbra: Almedina, 2012.
- ESTORNINHO, Mª João. *Responsabilidade das entidades públicas na formação dos contratos: tópicos de reflexão, em tempos de crise...* Cadernos de Justiça Administrativa. XIII Seminário de Justiça Administrativa. Nº 88. Julho/Agosto de 2011.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. Contratos. Teoria Geral e Contratos em Espécie*. 3. ed. Salvador: JusPodium, 2003.
- FERREIRA, Rui Cardona. *Indemnização do interesse contratual positivo e perda de chance (Em especial, na contratação pública)*. Coimbra: Coimbra Ed., 2011.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- GONÇALVES, Pedro. *Avaliação do regime jurídico do contencioso pré-contratual urgente*. *Cadernos de Justiça Administrativa*, n. 62, mar./abr., 2007
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

- MARTINS, Antônio Carvalho. *Responsabilidade Pré-Contratual*. Coimbra, 2002.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. 11. ed. São Paulo: 1990.
- MEALHA, Esperança. *Responsabilidade Civil nos Procedimentos de Adjudicação dos Contratos Públicos (Notas ao artigo 7º/2 da Lei nº 67/2007, de 31 de dezembro)*. Disponível em www.julgaronline.n.5.pdf.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MOLINA, José Antonio Moreno. *Derecho global de la Contratación pública*. Begonias, Mexico: Jovenes Administrativistas, AIDA, IDEA e UBIJUS, 2011.
- OLIVEIRA, Mário Esteves de; OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de. *Concursos e outros Procedimentos de Contratação Pública*. Coimbra: Almedina.
- PORTUGAL. *Código Civil*. Disponível em <http://www.confap.pt/docs/codcivil.PDF>.
- PORTUGAL. *Lei nº 67, de 31/12/2007*. Disponível em <http://dre.pt>.
- PORTUGAL. SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO. *Acórdão de 25/02/2009*. Processo nº 47.472-A. Disponível em www.dgsi.pt.
- PORTUGAL. SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO. *Acórdão de 20/11/2012*. Processo nº 949. 2ª Subsecção. Rel. Alberto Augusto Oliveira. Disponível em www.dgsi.pt.
- PORTUGAL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Acórdão de 29/05/2012*. AgRgsp nº 153098/PE, Rel. Ministro Humberto Martins. Disponível em www.dgsi.pt.
- PORTUGAL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Acórdão de 07/10/2009*. Rel. João Belchior. Disponível em www.dgsi.pt.
- PORTUGAL. SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO. *Acórdão de 07/03/2006*. Processo 965/2003. 2ª Subsecção. Relª Isabel Jovita. Disponível em www.dgsi.pt.
- SASTRE, Silvia Díez. *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- SILVA, Almiro Couto e. *Responsabilidade Pré-Negocial e Culpa in Contrahendo no Direito Administrativo Brasileiro*. Revista da Procuradoria-Geral do Estado. Nº 57. Cadernos de Direito Público. Porto Alegre, 2004. Disponível em www.pge.rs.gov.br/upload/revista_pge_57_sup.pdf
- SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance*. SP: Atlas, 2013.
- SOUSA, Marcelo Rebelo de. *O concurso público na formação do contrato administrativo*. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1994.
- SOUSA, Marcelo Rabelo de; MATOS, André Salgado de. *Direito Administrativo Geral. Actividade Administrativa*. Parte III. Lisboa: D. Quixote, 2006.
- UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva nº 92/13/CEE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25/02/1992*. Disponível em <http://eur-ex.europa.eu>.
- UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva nº 2007/66/CEE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11/12/2007*. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu>.
- UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Acórdão de 10/01/2008*. (Processo nº C-70/06). Disponível em <http://curia.europa.eu>.
- VARELA, Antunes. *Das Obrigações em Geral*. Vol. 1, 10. ed, Coimbra: Almedina, 2011.

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

SANTIAGO, Marta Cristina Jesus. Uma análise comparativa da responsabilidade pré-contratual no direito público europeu, português e brasileiro: a necessidade de responsabilização estatal por prejuízos causados aos licitantes no Brasil. In: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). Problemas emergentes da Administração Pública. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. *Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 459-479.

AS OMISSÕES LEGISLATIVAS INCONSTITUCIONAIS E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

RAFAEL ZAITTER

1 Introdução

Celso Antônio Bandeira de Mello define a responsabilidade extracontratual do Estado como sendo aquela correspondente à obrigação, que lhe é incumbida, de reparar economicamente os danos lesivos à esfera jurídica de outrem, em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, que lhe sejam imputáveis.¹³⁴⁷ Nesta esteira, vários outros autores apresentarão conceitos semelhantes.

Portanto, como se vê, não apenas os comportamentos comissivos do Estado podem ensejar a sua responsabilidade. Os danos podem ser originados, também, de atos omissivos.

Ainda, quando esta omissão referir-se a ato que era exigido por norma da Lei Fundamental, que, injustificadamente, deixa de ser praticado, estar-se-á diante de uma omissão inconstitucional.

Ademais, vale ressaltar que as omissões inconstitucionais estão presentes em todos os Poderes. Clèmerson Merlin Clève destaca que há um cenário, na contemporaneidade, de heterovinculação. Assim, a Constituição vincula todos os Poderes. Desta maneira, “fala-se em inconstitucionalidade por omissão de medida político-administrativa, de medida judicial e de medida legislativa”.¹³⁴⁸

Contudo, é no campo destas últimas, das omissões inconstitucionais legislativas, que o controle se torna mais tormentoso. O imbróglio deve-se ao fato de que, nesses casos, existe uma linha tênue entre a discricionariedade do legislador e o estrito cumprimento do dever imposto pela Constituição.

¹³⁴⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 977.

¹³⁴⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 322.

Todavia, a referida questão não pode deixar de ser analisada sem levar-se em consideração o prisma da efetividade das normas constitucionais. E, desta forma, a omissão do Estado, que descumpre, em maior ou em menor extensão, o dever de legislar que lhe fora imputado pela Lei Fundamental deve ser combatido.

Nesse sentido, a responsabilidade civil do Estado, ao lado de outros instrumentos processuais, como a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, apresenta-se como uma resposta à inefetividade das normas constitucionais. O que se pretende dizer, com isso, é que o Estado deve ser responsabilizado por sua inércia em regulamentar determinados dispositivos cristalizados na Constituição.

Como se vê, o tema é dos mais importantes. Por isso, a necessidade de se tecerem algumas considerações a respeito.

Desta feita, em um primeiro momento, trazem-se alguns apontamentos sobre as omissões legislativas inconstitucionais. Posteriormente, analisa-se a responsabilidade do Estado em virtude de comportamentos omissivos. Por fim, utilizando-se dos conceitos delineados anteriormente, apresentam-se os fundamentos da possibilidade de responsabilização do Estado Legislador pela sua inércia em regulamentar direitos constitucionalmente garantidos.

2 Desenvolvimento

2.1 As omissões legislativas inconstitucionais

O ordenamento jurídico não é hermético. Isto porque, a lei, “por mais abstrata e extensa que seja em suas generalizações, por mais que se desdobre em artigos, parágrafos, incisos e alíneas, jamais conseguirá abarcar a infinidade de relações emergentes da vida social”.¹³⁴⁹

E, assim, fechada, também não é a obra do Constituinte. Isto é, “não há plenitude da ordem constitucional, como não há uma plenitude da ordem jurídica em geral”.¹³⁵⁰ A Constituição, portanto, apresenta-se como um sistema aberto.

Esta abertura constitucional é lastreada, como identifica Luís Roberto Barroso, para além da ideia de indeterminação de sentido, no conceito de incompletude.¹³⁵¹ Ou seja, o diploma constitucional não é completo, pois não tem o propósito de regulamentar, integralmente, todas as situações fáticas. E, desta feita, como consectário lógico, admite-se que existam, em seu corpo, as denominadas lacunas.

Clèmerson Merlin Clève argumenta que na Lei Fundamental podem-se enxergar lacunas indesejadas e lacunas desejadas.¹³⁵² As primeiras fogem do objeto de análise do presente artigo. Fiquemos, tão somente, com as últimas.

As lacunas desejadas comportariam duas figuras distintas. A primeira seria o “silêncio eloquente”, substancializado por matérias deliberadamente excluídas do texto

¹³⁴⁹ PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 127.

¹³⁵⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4. ed. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 270.

¹³⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 87.

¹³⁵² CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Op. cit.*, p. 53.

constitucional e que, dessa forma, repeliriam qualquer tipo de integração. A segunda se expressaria através das chamadas “lacunas técnicas”.

São estas últimas, as “lacunas técnicas”, que interessam no presente momento. São, por definição, “lacunas não ofensivas ao plano de ordenação constitucional, desejadas pelo Constituinte [...] e que, sendo, em princípio, colmatáveis exclusivamente pelo Legislador, implicam um dever de legislar”.¹³⁵³ Em outras palavras, as referidas obrigam o legislador a desencadear um processo de integração normativa. Essas lacunas exprimem-se, basicamente, através das chamadas “normas de eficácia limitada”.

Mas por que essas normas impõem um dever de legislar ao Poder Legiferante? A resposta a esta indagação requer uma análise mais detalhada do conceito das normas de eficácia limitada. Passa-se, assim, a esclarecê-lo.

As normas de eficácia limitada, segundo a clássica distinção realizada por José Afonso da Silva, referir-se-iam àquelas que demandariam regulamentação legislativa ulterior para que pudessem produzir, integralmente, todos os seus efeitos. Exigiriam, portanto, uma complementação por parte do legislador ordinário, a fim de que lhes fossem conferidas eficácia e aplicabilidade plena.¹³⁵⁴

Explicitada a definição, necessário clarificar, ainda, mais um detalhe. Estas, enquanto não complementadas, não se encontram privadas, totalmente, de qualquer grau normativo. Isto é, “essas normas [...] não são completamente desprovidas de normatividade”.¹³⁵⁵ Isto porque, todas as normas constitucionais possuem, ao menos, uma eficácia mínima. E isso não é diferente com as normas de eficácia limitada.

Portanto, as referidas, como salientado, exigem uma integração ordinária a *posteriori*, mas não para que lhes seja atribuída normatividade (porque estas já a possuem, ainda que em menor grau), e sim, para que lhes seja possibilitada a produção plena de sua eficácia positiva. Em outras palavras, estas só terão aptidão para produzir, integralmente, seus efeitos positivos, se o comando constitucional for complementado pelo legislador ordinário.

Em resumo, e respondendo-se ao questionamento anteriormente suscitado, as normas de eficácia limitada, expressões das chamadas “lacunas técnicas”, impõem ao legislador um dever constitucional de legislar, porque, sem a devida *interpositio legislatoris*, os seus efeitos não se operarão integralmente. Assim, caso o legislador não cumpra com o agir imposto pela Constituição, os efeitos positivos destas normas não serão plenamente alcançados.

Desta forma, está se retirando a efetividade da obra do Constituinte. E é por isso que a violação deste dever de legislar, imposto pela Lei Fundamental, pode dar ensejo à inconstitucionalidade por omissão legislativa.

Reputa-se necessário, agora, estabelecer um conceito para a omissão legislativa inconstitucional.

Sem a intenção de esgotar o tema, esta pode ser definida, em apertada síntese, como a violação, injustificada, do dever de legislar (geral ou especial), imposto ao Poder Legiferante, mediante norma constitucional individualizada.

¹³⁵³ *Idem.*

¹³⁵⁴ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 86.

¹³⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto, *Op. cit.*, p. 215.

Entretanto, a conceituação, para tornar-se verdadeiramente completa, carece, ainda, de uma pequena complementação.

Nesta esteira, úteis as lições de Paulo Modesto. O autor identifica os elementos primordiais da inconstitucionalidade por omissão legislativa. De acordo com ele, quatro aspectos materializariam esta inconstitucionalidade: i) inércia de atividade; ii) de certa norma constitucional, de eficácia limitada; iii) consistente na violação de uma norma que imponha um dever geral ou especial; iv) constatada a partir de um juízo concreto sobre o transcurso do tempo.¹³⁵⁶

Os três primeiros itens já se encontravam contemplados na conceituação acima exposta. Contudo, como se vê, para além das características já mencionadas, o tempo exterioriza-se, também, como elemento imprescindível para a caracterização da inconstitucionalidade por omissão. Explica-se.

O legislador não pode ser cunhado de omissor “[...] no dia imediatamente seguinte à promulgação da novel Constituição, pois o processo de elaboração legislativa se desdobra em múltiplas fases e consome algum tempo.¹³⁵⁷ Em outras palavras, a atribuição da inconstitucionalidade não deve ser automática.

Desta feita, apenas “o não fazer em “tempo útil” pode levar à caracterização da inconstitucionalidade por omissão”.¹³⁵⁸

Todavia, quando nos referimos à apreciação do fator tempo para a demarcação da omissão, duas situações distintas se apresentam.

Vale dizer, existem normas constitucionais que, em seu bojo, expressam, explicitamente, o prazo para a efetivação da integração normativa, enquanto, em outras, essa fixação é inexistente. A própria Constituição pode, ou não, delimitar o tempo em que as medidas legislativas necessárias à colmatação devam ser implementadas pelo legislador ordinário.

Na primeira hipótese, em que há a fixação do prazo, o exame da questão se torna menos sinuoso. A inconstitucionalidade só se restará delimitada quando transcorrido o prazo estipulado pelo Constituinte. E essa constatação não é difícil.

Contudo, a temática encontra maiores desafios na segunda situação, quando a obra do Constituinte não fixa, de antemão, o prazo. Aqui, o exame da inconstitucionalidade fica adstrito a um juízo sobre a razoabilidade do tempo.

Flávia Piovesan, ao discorrer sobre o assunto, utiliza-se da doutrina de Recasen Siches, criador da “lógica do razoável”. Deste modo, a razoabilidade encontrar-se-ia atrelada à realidade concreta, *locus* onde se opera o Direito. Seria influenciada, assim, pelo mundo social. Ademais, esta estaria imbuída por uma série de valorações e critérios. Assenta a autora, com isso, que “se se concluir que o ato, ao longo do prazo decorrido, não só podia, como devia ser emitido, ficará caracterizada a inconstitucionalidade”.¹³⁵⁹ Isto é, o exame da razoabilidade do tempo, e da consequente identificação da omissão, perpassaria por uma análise complexa sobre aspectos sociais, históricos e valorativos.

¹³⁵⁶ MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. Inconstitucionalidade por omissão, categoria jurídica e ação constitucional específica. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 99, 1991, p. 121. *apud* CLÈVE, Clèmerson Merlin, *Op. cit.*, p. 327.

¹³⁵⁷ PUCCINELLI JÚNIOR, André, *Op. cit.*, p. 136.

¹³⁵⁸ PIOVESAN, Flávia C. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.82.

¹³⁵⁹ PIOVESAN, Flávia C., *Op. cit.*, p. 82-83.

Em suma, o que se pode dizer é que a análise do tempo razoável não admite a estipulação de fórmulas pré-determinadas. A sua definição variará de acordo com o caso concreto. Ressalvadas as situações em que o lapso temporal encontre-se previamente fixado na norma constitucional, este juízo de valor recairá sobre a responsabilidade do intérprete. Competirá a este, assim, a sua demarcação, sopesando-se todos os elementos envolvidos, com o intuito de se avaliar a caracterização, ou não, da omissão legislativa inconstitucional.

Por tudo isso, a importância de se analisar, detalhadamente, o fator tempo, para fins de caracterização da inconstitucionalidade por omissão do Estado Legislador. As omissões podem ser constitucionais. Todavia, escoado lapso de tempo razoável, desde que inexistente o prazo na própria norma constitucional, delimitada estará a postura inerte do Poder Legiferante frente ao dever que lhe fora imposto pelo Constituinte. Com isso, caracterizada estará a omissão legislativa inconstitucional.

Assim, em resumo, conceitualmente, e agora adotando-se uma definição mais completa, a omissão legislativa inconstitucional pode ser definida como a violação, depois de transpassado tempo razoável, de norma constitucional certa e determinada, que impunha ao Poder Legiferante o dever de legislar.

Por fim, há que se ressaltar que essas omissões podem ser totais ou parciais. Isto porque o dever de legislar imposto por norma constitucional certa e determinada pode ser descumprido de duas formas: integral ou parcialmente.

Com isso, “a inconstitucionalidade por omissão pode ser total ou parcial, consistindo a primeira na não satisfação integral do dever de legislar, enquanto a segunda corresponde a uma não satisfação parcial da referida imposição”.¹³⁶⁰ Em outras palavras, o Legislador pode, simplesmente, não editar a lei que o comando constitucional exigia, ou ainda, editá-la de maneira não satisfatória, frustrando o alcance almejado pelo Constituinte. No primeiro caso, estar-se-á diante de uma omissão total, enquanto, no segundo, restará caracterizada a omissão parcial.

Contudo, faz-se necessário evidenciar que, independente desta distinção, “o fenômeno da inconstitucionalidade por omissão, seja total, seja parcial, está relacionado à busca de conferir efetividade às normas constitucionais”.¹³⁶¹ Por isso, o seu exame não pode se afastar deste ponto. É imprescindível que a Constituição seja dotada de máxima efetividade, a fim de que os seus dispositivos possuam eficácia e aplicabilidade plena.

Diante de todo o exposto, traçados os contornos a respeito da omissão legislativa inconstitucional, necessário se faz, sequencialmente, tecer algumas considerações acerca da responsabilidade do Estado por comportamentos omissivos.

2.2 A responsabilidade do Estado por omissão no direito pátrio: adoção da teoria objetiva ou da teoria do *faute du service*?

Constitucionalmente, a despeito de outros dispositivos que também fazem referência à responsabilidade do Estado, as questões concernentes à responsabilização extracontratual do Poder Público vêm disciplinadas, fundamentalmente, no art. 37, §6º,

¹³⁶⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin, *Op. cit.*, p. 327.

¹³⁶¹ PIOVESAN, Flávia C., *Op. cit.*, p. 85.

da Constituição Federal, *in verbis*: “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Emerson Gabardo e Daniel W. Hachem, examinando a norma retro, destacam que, de pronto, pode-se inferir que a Lei Fundamental de 1988 insculpe um regime de responsabilidade objetiva entre a vítima do dano e o ente público (ou privado prestador de serviço público); e ademais, paralelamente, estabelece um sistema de responsabilização subjetiva entre o Estado e os seus agentes, de maneira que estes só serão responsabilizados, por via regressiva, quando demonstrada a presença do elemento subjetivo em seu comportamento.¹³⁶²

Todavia, ainda que doutrina e jurisprudência acordem, com base no art. 37, §6º, da Constituição Federal (acima transcrito), sobre a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva do Estado nos casos de condutas comissivas dos agentes públicos, o mesmo não se pode dizer quando o assunto são as omissões estatais. Para alguns, nestas situações, ao invés da teoria da responsabilidade objetiva, dever-se-ia aplicar a teoria da responsabilidade subjetiva, na modalidade da culpa do serviço público. Cumpre-se, agora, detalhar os principais aspectos dessas duas teorias.

Com base na teoria objetiva, para que haja a responsabilização do Estado, basta que sejam identificados os seguintes elementos: prática de um ato lícito ou ilícito por um agente público; o acontecimento, em decorrência da conduta, de um dano específico e anormal; e, ainda, a verificação do nexo de causalidade entre o comportamento e o dano. Não há averiguação, segundo esta concepção, do elemento subjetivo.¹³⁶³ Já na teoria da culpa do serviço público (*faute du service*), conforme esclarece Romeu Felipe Bacellar Filho, o Estado seria responsabilizado nos casos de não funcionamento, mau funcionamento ou funcionamento atrasado dos seus serviços. Com isso, a ideia do agir doloso ou culposos, é desvinculada da figura do agente e transportada para a própria estrutura do Estado.¹³⁶⁴

Passa-se, no presente momento, depois de demonstradas as duas teorias, a se analisar as questões relativas às divergências existentes quanto à adoção de um ou de outro entendimento nos casos das condutas omissivas do Estado. Frise-se, desde já, que o raciocínio será desenvolvido em torno das omissões administrativas. Assim, destaca-se, em um primeiro momento, o posicionamento majoritário, que se encurva para aplicação da teoria do *faute du service*. Em seguida, apresentam-se os argumentos favoráveis à adoção da teoria da responsabilidade objetiva. Em um terceiro momento, expõe-se o posicionamento que será adotado no presente artigo.

Grande expoente da corrente favorável à aplicação da teoria do *faute du service* é Celso Antônio Bandeira de Mello, destacando que “quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado [...] é de se aplicar a teoria da responsabilidade subjetiva”.¹³⁶⁵ Segundo o ilustre doutrinador, nesses casos, como o Estado não agiu, não

¹³⁶² GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado, *faute du service* e o princípio constitucional da eficiência administrativa. In: GUERRA, Alexandre D. de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo. (Org.). *Responsabilidade Civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 253.

¹³⁶³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 647.

¹³⁶⁴ FILHO, Romeu Felipe Bacellar. *Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 214.

¹³⁶⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 996-997.

pode, conseqüentemente, ser cunhado como autor do dano. E, assim, não sendo o autor, só caberia responsabilizá-lo caso este estivesse obrigado a impedi-lo. Em outras palavras, este só poderia ser obrigado à reparação, se fosse constatado o descumprimento de um dever legal que lhe impusesse obstar o evento lesivo.¹³⁶⁶ Ainda, cabe-se ressaltar que, para Celso Antônio Bandeira de Mello, tratando-se de responsabilidade por omissão, esta será sempre subjetiva, porque decorrente de comportamento ilícito.¹³⁶⁷ Assim, consoante o administrativista, sinteticamente, incumbindo ao Estado o dever de agir, por imposição legal, e este não o fazendo, ou fazendo-o de maneira deficiente, “[...] comporta-se abaixo dos padrões legais que normalmente deveriam caracterizá-lo, responde por esta incúria, negligência ou deficiência, que traduzem um ilícito ensejador do dano não evitado quando, de direito, devia sê-lo”.¹³⁶⁸ Garante ainda, que, o entendimento contrário “[...] seria erigir o Estado à figura de um segurador universal”.¹³⁶⁹

No mesmo sentido, posiciona-se Silvio Luís Ferreira da Rocha, para quem, nos comportamentos omissivos, verifica-se a hipótese da falta do serviço, em que o serviço não funcionou, funcionou tardiamente, ou, ainda, funcionou de maneira ineficiente. *In casu*, a omissão do Estado não é causadora do dano, mas reflete-se em condição para que outro evento o concretize. Assim, deve-se aplicar, como consequência, a teoria da responsabilidade subjetiva. Isto porque, nessas hipóteses, segundo o autor, o Estado só poderia ser responsabilizado se este estivesse obrigado a impedir o dano, e, ademais, se tivesse atuado com culpa ou dolo.¹³⁷⁰

Não é outra a orientação adotada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, filiando-se à teoria acima mencionada. Conforme o magistério da doutrinadora, a omissão caracterizadora do dano deve ser, necessariamente, ilícita. Portanto, a ideia de culpa é inerente à omissão. Admite, entretanto, haver uma presunção de culpa do Poder Público, cabendo ao Estado, assim, provar que atuou diligentemente, ou que, não agindo, sua atuação estaria acima do que seria razoável exigir-se.¹³⁷¹

Em sentido contrário, Emerson Gabardo e Daniel W. Hachem manifestam-se apontando quatro motivos que afastariam a adoção da responsabilidade subjetiva (na modalidade da culpa do serviço), para os casos de omissão, no direito brasileiro. Primeiramente, inferem que a teoria da *faute du service* não remonta, necessariamente, à responsabilidade subjetiva. Em seguida, salientam que, no Direito francês, berço da criação da referida teoria, o critério utilizado para efetuar a distinção entre a responsabilidade por falta (*por faute*) e a responsabilidade sem falta (*sans faute*) não reside na natureza omissiva da conduta. Realçam, ainda, que na própria França, admitem-se casos de responsabilidade objetiva por omissão. Por fim, argumentam que a responsabilidade civil estatal deve ser pensada de acordo com o regime jurídico administrativo de cada ordenamento e, no caso do Brasil, a Constituição Federal de 1988 impõe um sistema de responsabilização objetiva do Estado.¹³⁷²

¹³⁶⁶ *Ibidem*, p. 997.

¹³⁶⁷ *Idem*.

¹³⁶⁸ *Ibidem*, p. 998.

¹³⁶⁹ *Ibidem*, p. 999.

¹³⁷⁰ ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 749.

¹³⁷¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 655-656.

¹³⁷² GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. *Op. cit.*, p. 257.

Do mesmo modo, inclinando-se para a aceitação da teoria da responsabilidade objetiva do Estado em face de condutas omissivas, Juarez Freitas traz, como fundamentação de seu posicionamento, sete argumentos. Primeiramente, infere que, do texto constitucional, não se verifica nenhuma distinção dicotômica entre ações ou omissões dos agentes públicos. Ademais, realça que não se trata de presunção de culpa, mas sim, de inversão do ônus da prova, cabendo, por consectário lógico, ao Poder Público, diante da flagrante vulnerabilidade da vítima, trazer as excludentes capazes de romper com o liame donexo causal. Em terceiro lugar, traz à baila a norma inscrita no art. 5º, §1º, da Constituição Federal, segundo a qual “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”; com isso, argumenta que a teoria da responsabilidade objetiva se amolda mais perfeitamente à ampliação da eficácia dos comandos constitucionais. Ademais, segundo o autor, a omissão injustificável violaria, de plano, o princípio da proporcionalidade, não se cogitando indagar, por isso, sobre elementos subjetivos. Ainda, destaca que não se deve vislumbrar distinção entre omissão e falha de vigilância, de maneira que, como solução, deve-se adotar a responsabilidade objetiva (moderada) para ambos os casos. No mais, salienta que a técnica de responsabilização proporcional amolda-se com o dever estatal de tomar as efetivas medidas de prevenção e precaução. Ao final, cita julgados que evidenciam o acatamento pela jurisprudência, ainda que incipiente, da responsabilidade objetiva do Estado.¹³⁷³

Igualmente, Gustavo Tepedino também defende a adoção da responsabilidade objetiva do Estado nos casos de atos omissivos. Consoante o doutrinador, a admissão dessa teoria não levaria a uma panresponsabilização do Estado. Isto porque, mesmo com este entendimento, permitir-se-ia, ainda, o reconhecimento de causas excludentes da responsabilidade, que atuariam diante do nexocausal entre a conduta estatal e o dano, de modo a mitigar a responsabilidade do Estado.¹³⁷⁴

No mesmo sentido, é o posicionamento de Romeu Felipe Bacellar Filho, manifestando-se favoravelmente à responsabilidade objetiva do Estado por omissão, em função dos comandos emanados pelo texto constitucional.¹³⁷⁵

Expostas todas estas perspectivas a respeito da responsabilidade do Estado por condutas omissivas, imprescindível se faz, no momento, perfilar uma posição sobre o assunto (controverso, como se viu). Sem embargo, a responsabilização objetiva do Estado, tanto para atos comissivos, quanto para atos omissivos, parece se amoldar mais (frise-se, no direito brasileiro) à realidade constitucional. Isto porque, “o Estado não deve ser segurador universal, tampouco omissocumpridor dos deveres defensivos e prestacionais positivos”.¹³⁷⁶

O que se pretende dizer, portanto, é que, para que se configure a responsabilidade do Estado, basta que este descumpra, objetivamente, com um dever que lhe fora imposto pelo ordenamento jurídico.

Neste sentido, valiosos são os ensinamentos de Luciano Ferraz. Há que se entender, portanto, como destaca o autor, que não se trata de responsabilizar o Estado

¹³⁷³ FREITAS, Juarez. Proporcionalidade e vedação de excesso e inoperância. In: FREITAS, Juarez. *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 182-184.

¹³⁷⁴ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.191.

¹³⁷⁵ FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade Civil do Estado. In: FREITAS, Juarez. *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 324.

¹³⁷⁶ FREITAS, Juarez. *Op. cit.*, p. 185.

por um dever abstrato, mas sim, por sua inação em face de um dever concreto de atuação. Tudo isso em função do princípio da repartição dos ônus e encargos públicos. O evento lesivo, por consequência, não deve ser fruto de uma situação normalmente compartilhada por todos da sociedade. Outrossim, este dever concreto de atuação, como explicita o doutrinador, pode derivar de diversas situações. Primeiramente, pode estar fundamentado em uma norma legal, que contemplasse e fixasse termo para a realização da conduta, ou, ainda, que exigisse uma ação imediata, situações estas em que a simples mora revelar-se-ia como ensejadora da responsabilidade. Para além disso, o dever concreto de atuação poderia ser originado, também, da ciência inequívoca, por parte do Estado, acerca da necessidade de adoção de alguma medida (quando o estabelecimento do nexo causal depende desta ciência). Ou, ademais, apresentar-se-ia o dever concreto quando o dano derivasse de circunstâncias propiciadas pelo próprio Estado.¹³⁷⁷

Em síntese, como conclusão, pode-se admitir que o Estado seja responsabilizado, por suas condutas comissivas ou omissivas, de maneira objetiva. Não se perquirirá, portanto, em ambos os casos, nenhum elemento subjetivo. Obviamente, esta responsabilidade não é absoluta, podendo ser elidida caso seja demonstrada a ocorrência de alguma excludente (culpa exclusiva da vítima, culpa de terceiro ou força maior).

Ainda, necessário que esta responsabilização, especificamente nos casos de omissão, decorra do descumprimento, objetivo, de um dever concreto de atuação. A concretude desse dever, no mais das vezes, pode ser investigada à luz do princípio da repartição dos ônus e dos encargos públicos. Daí a admitir-se, como salientam Emerson Gabardo e Daniel W. Hachem que esse princípio (identificado pelos autores, com base no Direito francês, como teoria), possa revelar-se como uma opção mais adequada, no direito brasileiro, para averiguar-se a responsabilidade do Estado na generalidade dos casos.¹³⁷⁸

2.3 A responsabilidade do Estado por omissões legislativas inconstitucionais

A responsabilidade civil do Estado por atos legislativos nem sempre foi reconhecida. Ainda hoje, existe certa relutância em se admiti-la.

Importante reconhecer, primeiramente, quais as justificativas comumente apresentadas para fundamentar a inexistência de responsabilidade do Estado Legislador.

Júlio César dos Santos Esteves elenca algumas delas. Em primeiro lugar, ressalta a questão da identificação entre lei e soberania. Desta forma, segundo o autor, remanesce, em que pesem às alterações dos sistemas políticos, a ideia de que a lei exteriorizaria a soberania do Estado, consequência pela tal, não poderia ensejar a sua responsabilidade extracontratual. Identifica, ademais, a recorrente compreensão da lei, produto típico da função legislativa, como ato abstrato, geral e impessoal, de maneira que, como tal, em princípio, não poderia causar danos. Outro argumento utilizado, segundo o jurista mineiro, é a força de inovação da ordem jurídica; segundo esta concepção, a aceitação da responsabilização acabaria por mitigar a função legiferante, criando empecilhos à liberdade de conformação do legislador e, ainda, subsidiariamente, ao progresso social.

¹³⁷⁷ FERRAZ, Luciano. Responsabilidade do Estado por omissão legislativa – o caso do art. 37, X, da Constituição da República. In: FREITAS, Juarez. *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 217.

¹³⁷⁸ GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. *Op. cit.*, p. 262.

Por fim, como último apontamento contrário à responsabilidade estatal, realça a matéria concernente à própria natureza da relação entre Poder Legiferante e representados e, além disso, o papel das imunidades parlamentares; neste enfoque, o caráter de representação do Legislativo exsurgiria como supedâneo da irresponsabilidade, aliado, inclusive, às imunidades que os textos constitucionais atribuem aos exercentes da função legislativa.¹³⁷⁹

Como se vê, sinteticamente, os argumentos trazidos para capitanear a irresponsabilidade do Estado Legislador são: o exercício da soberania, a abstração e generalidade da lei e a representatividade dos parlamentares.

Necessário, neste ponto, desconstruí-los. Para isso, valiosos são os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Assim, no tocante à ideia da soberania do Legislativo, há que se aventar que este, como os demais Poderes, está submetido a um Estado de Direito, subordinando-se, portanto, à Constituição e devendo ser responsabilizado pelos danos que vier a ocasionar. Ainda, no que se refere à generalidade e à abstração das leis, pondera-se que, nem sempre, estes caracteres estarão presentes; assim, o Estado deve ser responsabilizado, sim, pelos danos que provocar a pessoas determinadas, mesmo em se tratando de normas constitucionais. Ademais, salienta-se que a eleição dos parlamentares implica na necessidade de que estes editem leis constitucionais, não o tornando irresponsáveis pelos seus atos.¹³⁸⁰

O que se pode inferir de tudo isso, é que, quando se está diante de um Estado de Direito, inexistente espaço para irresponsabilidade estatal, em qualquer esfera do Poder. Por isso, o Estado Legislador também deve ser responsabilizado pelos prejuízos que vier a ocasionar.

Restringindo-se a análise ao direito pátrio, infere-se que, no Brasil, “[...] a doutrina é praticamente unânime em reconhecer a possibilidade de responsabilização do Estado por atos do legislador [...]”.¹³⁸¹ Isto porque, quando a norma do art. 37, §6º, da Constituição Federal (já transcrita), se refere ao termo “agentes”, está englobando todas as categorias de agentes públicos, inclusive, os agentes políticos. E, portanto, recai, também, sobre os que exercem a função legislativa.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro reconhece que, atualmente, a responsabilidade do Estado legislador é aceita nos casos de leis inconstitucionais, leis de efeitos concretos (constitucionais ou inconstitucionais) e, ainda, em face de omissão do poder de legislar.¹³⁸²

De maneira semelhante, é o posicionamento de Silvio Luís Ferreira da Rocha, para quem, “[...] hoje se aceita a responsabilidade estatal nas hipóteses de leis inconstitucionais; regulamentos inconstitucionais ou ilegais; leis de efeitos concretos, inconstitucionais; omissão no poder de legislar e regulamentar”.¹³⁸³

Forçoso, também, trazer o entendimento de Marçal Justen Filho, segundo o qual, “[...] há pelo menos três hipóteses em que caberá a responsabilidade civil do Estado,

¹³⁷⁹ ESTEVES, Júlio César dos Santos. *Responsabilidade civil do Estado por ato legislativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 88-99.

¹³⁸⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 658.

¹³⁸¹ FERRAZ, Luciano. *Op. cit.*, p. 212.

¹³⁸² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 658.

¹³⁸³ ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Op. cit.*, p. 758.

que são a edição de lei inconstitucional e a edição de lei materialmente defeituosa, e a responsabilidade civil por omissão legislativa".¹³⁸⁴

Corroborando com o acima exposto, Renan Miguel Saad afirma que a omissão poderá gerar a responsabilidade do Estado legislador, destacando que, "[...] contra a omissão do Estado na sua função legislativa, além do mandado de injunção e da ação de inconstitucionalidade por omissão, cabe ação de responsabilidade civil em face do Poder Público".¹³⁸⁵

Depreende-se, portanto, que se reconhece, indubitavelmente, a possibilidade de responsabilização do Estado por omissão legislativa. Isto porque não só o comportamento comissivo é capaz de gerar danos. As omissões também podem ser prejudiciais. Contudo, como se dará esta responsabilização?

A solução aqui apresentada apenas retomará conceitos já expostos. Imprescindíveis, aqui, para tanto, as lições de Luciano Ferraz. Isto porque, o raciocínio, para efeitos de responsabilização do Estado por omissões legislativas inconstitucionais, será idêntico ao adotado para os casos relativos às omissões de condutas administrativas.¹³⁸⁶ Argumentou-se, naquela oportunidade, que a responsabilidade do Estado seria objetiva, e estaria configurada caso houvesse o descumprimento de um dever concreto de atuação.

No tocante às omissões legislativas inconstitucionais, este dever concreto de atuação estará expresso nas normas constitucionais (certas e determinadas). Contudo, a caracterização da violação a este dever, ensejadora da devida reparação, apresentar-se-á de duas formas diferentes. Mais uma vez, imperioso utilizar-se de conceitos já explanados em outras situações.

Ora, o lapso temporal para a caracterização da omissão, como visto, pode encontrar-se, ou não, previamente fixado na norma. Encontrando-se pré-determinado, o simples transcurso do tempo ali previsto, sem que haja a atuação por parte do Poder Legiferante, é suficiente para ensejar o dever de reparação. Todavia, quando não expresso o prazo, a responsabilidade ficará condicionada ao transcurso de tempo razoável. Transcorrido este, a omissão estará configurada e, portanto, apta a ensejar a responsabilização estatal.

Contudo, importante frisar que, neste último caso, tem-se entendido pela necessidade de constituir o Poder Público em mora. Assim, "[...] inexistindo o prazo fixado, torna-se necessário constituir o Estado em mora, mediante instrumento próprio (ADI por omissão, mandado de injunção), para que o nexa causal, afinal, se configure".¹³⁸⁷ Neste sentido, também, é o magistério de Aparecida Vendramel. Para ela, a caracterização da omissão dá-se sempre que o Poder Legiferante deixar de cumprir as ordens constitucionais de legislar e, embora a declaração de inconstitucionalidade por omissão não obrigue o referido poder, certificará a responsabilidade por omissão.¹³⁸⁸

Ressalta-se, ainda, que, como as omissões podem ser totais ou parciais, a indenização devida em função da responsabilidade, pode, também, da mesma forma, ser concedida de maneira parcial, em casos de incompletude regulativa.

¹³⁸⁴ FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1323.

¹³⁸⁵ SAAD, Renan Miguel. *O ato ilícito e a responsabilidade civil do Estado*. Doutrina e Jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p.82.

¹³⁸⁶ FERRAZ, Luciano. *Op. cit.*, p. 220.

¹³⁸⁷ *Idem*.

¹³⁸⁸ VENDRAMEL, Aparecida. *Responsabilidade extracontratual do Estado*. São Paulo: Themis, 2000, p. 109.

Incontestemente, portanto, que a “[...] omissão da norma pode ensejar a responsabilidade por perdas e danos”.¹³⁸⁹ Esta responsabilidade é, similarmente às omissões no âmbito administrativo, objetiva. Com isso, descumprido, objetivamente, o dever de legislar concreto, previsto em norma constitucional certa e determinada, desde que transpassado determinado lapso de tempo (evidenciando-se ainda, em situações em que o prazo não é fixado, a necessidade de constituição do Estado em mora), configurada estará a omissão legislativa inconstitucional, ensejadora da responsabilidade civil do Estado Legislador.

O tema é, sem dúvidas, dos mais relevantes. A responsabilização do Estado pela inércia de regulamentação de normas constitucionais coaduna com a necessidade de se atribuir, cada vez mais, efetividade às disposições da Lei Fundamental. Deve-se respeitar, sobremaneira, a força normativa da Constituição. E por isso, ainda, a importância de se reconhecer a objetividade da responsabilidade. Esta se refere à melhor maneira de se obstar os percalços da inefetividade.

3 Conclusão

A Constituição apresenta-se como um sistema aberto e, por tal motivo, verificam-se em, em seu bojo, as denominadas lacunas. Dentre essas lacunas, sobressaem-se as “lacunas técnicas”. Estas são expressas, basicamente, pelas normas de eficácia limitada. Tais normas de eficácia limitada podem ser entendidas como aquelas que carecem, para que possam produzir integralmente todos os seus efeitos, de regulamentação normativa ulterior. Por este motivo, impõem, ao Poder Legiferante, um dever constitucional de legislar.

A violação deste dever de legislar, imposto pela Lei Fundamental, pode dar ensejo à inconstitucionalidade por omissão legislativa. A omissão legislativa inconstitucional pode ser definida como a violação, depois de transpassado lapso de tempo razoável, de norma constitucional certa e determinada, que impunha ao Poder Legislativo o dever de legislar. As referidas omissões podem ser, ainda, totais ou parciais. Assim, o Legislador pode, simplesmente, não editar a lei que o comando constitucional exigia, ou ainda, editá-la de maneira não satisfatória, frustrando o alcance almejado pelo Constituinte (omissão total e parcial, respectivamente).

Quanto à responsabilidade do Estado por atos omissivos, nos termos do art. 37, §6º, da Constituição Federal, esta deve se dar com supedâneo na teoria da responsabilidade objetiva. Com isso, deve-se responsabilizar o Estado caso este descumpra, objetivamente, um dever que lhe fora imposto pelo ordenamento jurídico, sem perquirição de qualquer elemento subjetivo. Deve-se ressaltar que este descumprimento deve referir-se a um dever concreto. E, no mais das vezes, a concretude deste dever pode ser investigada à luz do princípio da repartição dos ônus e dos encargos públicos.

Ademais, o Estado pode ser responsabilizado por danos decorrentes de omissões legislativas inconstitucionais. O raciocínio é o mesmo aplicado às omissões em geral. Assim, a responsabilização do Estado Legislador, objetiva, está condicionada a não observação de uma obrigação, constitucionalmente imposta, de legislar. Essa obrigação estará expressa em normas da Lei Fundamental, individualizadas, que podem prever, ou não, o prazo para a realização da integração normativa. Existindo o prazo, o simples decurso acarretará na responsabilidade. Inexistindo, o Estado, para que seja

¹³⁸⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 661.

responsabilizado, deverá ser constituído em mora, após o decorrer de um interstício temporal razoável.

Por fim, há que se ressaltar que a responsabilidade civil do Estado, nos casos de omissões legislativas inconstitucionais, atua como um instrumento de proteção contra a inefetividade das normas expressas na Constituição. Deve-se reconhecer, sempre, a força normativa da Lei Fundamental, conferindo o máximo de efetividade às suas disposições.

Referências

- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CLÈVE, Clemerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- ESTEVES, Júlio César dos Santos. *Responsabilidade civil do Estado por ato legislativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- FERRAZ, Luciano. Responsabilidade do Estado por omissão Legislativa – Caso do Art. 37, X, da Constituição da República. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- FILHO, Romeu Felipe Bacellar. Responsabilidade civil da administração pública: aspectos relevantes. A Constituição Federal de 1988. A questão da omissão. Uma visão a partir da doutrina e da jurisprudência brasileira. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____, Romeu Felipe Bacellar. *Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FREITAS, Juarez. Responsabilidade Civil do Estado e o Princípio da Proporcionalidade: Vedação de Excesso e de Inoperância. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade Civil do Estado, Faute Du Service e o Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa. “In”: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luiz Manuel Fonseca; BENCACCHIO, Marcelo. In: *Responsabilidade Civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: QuartierLatin, 2010.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4. ed. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- PUCCINELI JÚNIOR, André. *A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do Estado legislador*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- SAAD, Renan Miguel. *O ato ilícito e a responsabilidade civil do Estado. Doutrina e Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1994.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- VENDRAMEL, Aparecida. *Responsabilidade Extracontratual do Estado*. São Paulo: Themis, 2000.

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

ZAITTER, Rafael. As omissões legislativas inconstitucionais e a responsabilidade civil do Estado. In: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). Problemas emergentes da Administração Pública. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. Anais... Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 481-493.

A EFETIVIDADE DA LEI DE RESÍDUOS SÓLIDOS NO BRASIL E O PAPEL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

THAIS GISELLE DINIZ SANTOS
THIAGO PIEMONTEZ

1 Introdução

O século XX foi marcado pela insurgência da consciência ecológica, visto que, em meio a um cenário de desastres ecológicos de largas proporções, percebeu-se que a degradação da natureza pode gerar efeitos de alcances incalculáveis, atingindo não apenas o bem-estar humano, mas a sua própria sobrevivência.¹³⁹⁰

Este crescimento das discussões ambientais obteve importância ao propiciar o surgimento e o desenvolvimento de uma legislação ambiental a nível global.¹³⁹¹ No Brasil, pode-se afirmar que houve total modificação de paradigmas, partindo de uma “desproteção total” à tutela constitucional do meio ambiente.¹³⁹²

Com essa perspectiva, o ambientalismo alcança posto de direito fundamental, sendo estatuído no artigo 225 da Constituição Federal da República,¹³⁹³ sob a égide de direito difuso, alcançando, inclusive, as gerações futuras. Do mesmo modo, aparece como bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida.

Conforme conclui José Afonso da Silva, “a Constituição de 1988 foi, portanto, a primeira a tratar deliberadamente da questão ambiental. Pode-se dizer que ela é uma Constituição eminentemente ambientalista.”¹³⁹⁴

¹³⁹⁰ PORTO, Marcelo Firpo. Saúde do trabalhador e o desafio ambiental: contribuições do enfoque ecossocial, da ecologia política e do movimento pela justiça ambiental. *Ciênc. saúde coletiva*, v. 10, n. 4. Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <http://www.scielo.org/scielo.php?script=sci_art.text&pid=S141381232005000400008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 22/09/14.

¹³⁹¹ SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 4. ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2002, p. 34.

¹³⁹² *Idem*, p. 34 e 35.

¹³⁹³ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e de preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

¹³⁹⁴ SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 4. ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2002, p. 46.

Com a crescente predominância do sistema econômico pautado no mercado capitalista, cada vez ganha mais relevo a relação de consumo, por mediar o meio por excelência de aquisição dos bens necessários, ou não, à vida. Assim sendo, o consumo cresce e as embalagens descartáveis são maioria, o que gera, evidentemente, o aumento na produção de resíduos sólidos.

Devido a esse crescimento desenfreado do consumo, a deposição do lixo mostra-se hoje como um dos principais problemas em matéria ambiental. Os desastres vinculados à incorreta deposição de dejetos são recorrentes e a adoção de um sistema mais ecológico parece longe de significar uma realidade.¹³⁹⁵

No Brasil, tendo em vista este paradigma, adveio a Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, que alterou a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. O objetivo desta normativa, cuja incidência é sobre todo o território nacional, consiste principalmente em promover a gestão integrada de resíduos sólidos, articulando os entes da federação, o setor produtivo e a sociedade civil, a fim de adequar a política de resíduos sólidos com o princípio da sustentabilidade ambiental.¹³⁹⁶

Embora a legislação vigente se coadune com princípios de proteção ambiental e apresente relevante diagnóstico ao descrever a situação da gestão de resíduos sólidos urbanos no Brasil, em termos práticos, vem pecando quanto à efetividade. Em vigor desde 2010, a Lei determinou o prazo de 2012 para os municípios apresentarem seus planos de gestão integrada de resíduos sólidos, porém, tal determinação não obteve grande cumprimento.

No mês de agosto de 2014 a lei completou 4 (quatro) anos de vigência, contudo, a meta de substituir “lixões” por aterros sanitários não foi cumprida por grande parte dos municípios. Assim sendo, propõe-se aclarar as estratégias estabelecidas pela Política Nacional de Resíduos Sólidos, com o objetivo de compreender como, na prática, o princípio da cooperação se efetiva na Lei de Resíduos Sólidos, analisando seus reflexos sobre o Princípio Federativo e sobre a repartição de competências em matéria ambiental.

2 Política nacional de resíduos sólidos

Com o aumento dos centros urbanos, a problemática em torno dos resíduos sólidos assume crescente relevância. Diante do crescimento da produção, do mal gerenciamento e da inadequação de técnicas de depósito, pode-se afirmar que a preocupação transcende fronteiras e ganha relevo mundial.¹³⁹⁷

O depósito de lixo constitui um dos maiores desafios de ordem sanitária, ambiental e social, causando uma série de problemas, como a degradação do solo, a emissão de gases que agravam o efeito estufa e a poluição da água, incorrendo, portanto, numa

¹³⁹⁵ PORTO, Marcelo Firpo. Saúde do trabalhador e o desafio ambiental: contribuições do enfoque ecossocial, da ecologia política e do movimento pela justiça ambiental. *Ciênc. saúde coletiva*, v. 10, n. 4. Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <http://www.scielo.org/scielo.php?script=sci_art.text&pid=S141381232005000400008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 22/09/14.

¹³⁹⁶ ASSAD, Leonor. Aplicação de política nacional para resíduos sólidos pode transformar lixo em dinheiro. *Ciênc. Cult.*, v. 64, n. 3. São Paulo, 2012. Disponível em: <http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_art.text&pid=S000967252012000300004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 22/09/2014.

¹³⁹⁷ JACOBI, Pedro Roberto; BESEN, Gina Rizpah. *Gestão de resíduos sólidos em São Paulo: desafios da sustentabilidade. Estud. av.* [online]. 2011, vol.25, n.71. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142011000100010&script=sci_art.text>. Acesso em 15/09/2014.

diversidade de riscos à saúde humana, principalmente àqueles que vivem nos arredores do local da deposição e que, não raro, retiram de lá o seu sustento em condições de trabalho insalubres.¹³⁹⁸

No Brasil, a realidade do manejo de resíduos sólidos permanece significativamente problemática. Não obstante o atendimento dado à população pelos serviços de coleta presente-se próximo da universalidade, a distribuição é ainda extremamente desigual no território nacional. Isso porque persiste a discrepância na cobertura do atendimento entre domicílios urbanos e rurais, sendo que estes últimos apresentam taxa de cobertura reduzida pela metade em relação aos domicílios urbanos.¹³⁹⁹

Igualmente, os depósitos em aterros sanitários têm aumentado, o que denota situação cuja ignorância pode acarretar em graves consequências, inclusive irreversíveis.¹⁴⁰⁰

Quanto à destinação, entre os anos de 2000 e 2008 aumentou em 120% a quantidade de resíduos sólidos dispostos em aterros sanitários, enquanto se reduziu em 18% o montante de resíduos encaminhados aos “lixões”.¹⁴⁰¹ No ano de 2013, conforme pesquisa realizada pela Associação Brasileira de Empresas de Limpeza, a geração total de resíduos sólidos urbanos foi de 76.387.200 toneladas, o que representou um aumento de 4,1% em relação ao gerado em 2012. Esse total indica que mais de 20.000 toneladas de lixo não foram coletadas no país.¹⁴⁰² Em 2013, 41,74% dos resíduos coletados foram destinados a “lixões” ou a aterros controlados, ou seja, receberam destinação inadequada.¹⁴⁰³

Embora seja inegável a ocorrência de algum avanço na questão da gestão de resíduos sólidos no Brasil, a timidez com que tais progressos vêm ocorrendo é preocupante. Diante deste cenário, pode-se afirmar que muitas ações ainda precisam ser concretizadas para atingir o escopo perseguido constitucionalmente, cujo fim é a conquista da qualidade de vida plena através do meio ambiente saudável.

Frente a este panorama, a problemática da gestão do lixo urbano é objeto de discussão e de preocupação, movendo esforços para a formulação de regramentos sobre o tema, especialmente a partir de, num primeiro momento, resoluções, para, mais tarde, criar-se uma Política Nacional voltada para a matéria.

Em 1991 foi expedida a portaria nº 6 do CONAMA, a primeira regulamentação neste sentido, dispondo sobre resíduos sólidos oriundos dos serviços de saúde, portos e aeroportos. Posteriormente, outras resoluções foram editadas pelo mesmo ente.¹⁴⁰⁴

Em 2007, a matéria é tratada pela primeira vez em legislação federal, por meio da Lei Federal nº 11.445/2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, elencando junto à categoria “saneamento básico” o “conjunto de serviços, infraestruturas e instalações operacionais de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos”.¹⁴⁰⁵

¹³⁹⁸ BESEN, Gina Rizpah. *Colvta seletiva com inclusão de catadores*: construção participativa de indicadores e índices de sustentabilidade. p. 30/31.

¹³⁹⁹ IPEA. *Diagnóstico dos Resíduos Sólidos Urbanos: relatório de pesquisa*. p. 16.

¹⁴⁰⁰ *Ibidem*, p. 17.

¹⁴⁰¹ IPEA. *Diagnóstico dos Resíduos Sólidos Urbanos: relatório de pesquisa*. p. 18.

¹⁴⁰² *Ibidem* - fl. 29.

¹⁴⁰³ ABRELPE. *Panorama dos Resíduos Sólidos no Brasil 2013*, 11ª edição do relatório anual, lançado em 04 de agosto de 2014, fl. 31.

¹⁴⁰⁴ Resolução CONAMA nº 5/1992; Resolução CONAMA nº 275/2001; Resolução CONAMA nº 307/2002; Resolução RDC ANVISA nº 306/2004; Resolução CONAMA nº 358/2005; Resolução CONAMA nº 375/2006.

¹⁴⁰⁵ Lei nº 11.445 - art. 3º, inciso I, c.

No entanto, apenas após 21 (vinte e um) anos de discussões no Congresso Nacional,¹⁴⁰⁶ foi instituída uma Política Nacional de Resíduos Sólidos, através da Lei nº 12.305, de 02/08/2010, com posterior regulamentação por meio do Decreto nº 7.404, de 23/12/2010, sendo estabelecida uma série de princípios, objetivos, instrumentos e metas para o equacionamento da gestão dos resíduos sólidos, uniformizando, assim, as ações de gestão de resíduos sólidos em todo o território nacional, alicerçado sob o princípio federativo.

Esta lei estabelece normas gerais, assegurada a possibilidade de legislação estadual e municipal suplementar, desde que, obviamente, não colida com as disposições gerais. Seu principal instrumento consiste no Plano Nacional de Resíduos Sólidos, com vigência por prazo indeterminado, mas adotando a perspectiva de 20 (vinte) anos com atualizações a cada 4 (quatro) anos. Em caráter complementar, os demais entes federativos, para que tenham acesso aos recursos da União, precisam elaborar seus respectivos planos, tendo em vista que o plano municipal volta-se à efetivação de ações diretas no gerenciamento de resíduos sólidos.

Conforme o art. 3º, VII, da legislação referida, entende-se como destinação final ambientalmente adequada a “destinação de resíduos que inclui a reutilização, a reciclagem, a compostagem, a recuperação e o aproveitamento energético ou outras destinações admitidas pelos órgãos competentes do Sisnama, do SNVS e do Suasa, entre elas, a destinação final, observando normas operacionais específicas de modo a evitar danos ou riscos à saúde pública e à segurança e a minimizar os impactos ambientais adversos”.

Da mesma forma, há a diferenciação entre gerenciamento de resíduos sólidos da gestão integrada, consistindo a última em ações voltadas à busca de soluções, enquanto a primeira condiz com ações nas etapas de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destinação final de resíduos sólidos e rejeitos de acordo com os respectivos planos de gerenciamento.

O conceito de rejeito apresenta-se como especialização da categoria resíduos sólidos, conforme a definição constante no art. 3º, XV, da Lei nº 12305/10, tais rejeitos consistem nos: “resíduos sólidos que, depois de esgotadas todas as possibilidades de tratamento e recuperação por processos tecnológicos disponíveis e economicamente viáveis, não apresentem outra possibilidade que não a destinação final ambientalmente adequada”.

Cabe citar, o conceito de resíduo sólido adotado pelo art. 3º, XVI: “material, substância, objeto ou bem descartado resultante de atividades humanas em sociedade, [...] nos estados sólido ou semissólido, bem como gases contidos em recipientes e líquidos cujas particularidades tornem inviável o seu lançamento na rede pública de esgotos ou em corpos d’água, ou exijam para isso soluções técnicas ou economicamente inviável em face da melhor tecnologia disponível”.

Dos princípios presentes na Lei destacam-se os seguintes: a prevenção e a precaução, o polidor-pagador, a visão sistêmica da gestão, o desenvolvimento sustentável, a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos e a cooperação entre as diferentes esferas do poder público e do setor empresarial e demais segmentos da sociedade.

¹⁴⁰⁶ ABRELPE. *Panorama dos Resíduos Sólidos no Brasil 2013*, 11ª edição do relatório anual, lançado em 04 de agosto de 2014. Disponível em: <<http://www.abrelpe.org.br/Panorama/panorama2013.pdf>>. Acesso em 20/09/2014.

Quanto aos objetivos, importante citar a não geração, a redução, a reutilização, a reciclagem e o tratamento dos resíduos sólidos, sem olvidar da gestão integrada de resíduos sólidos, de acordo com o art. 7º, incisos II e VII da Lei de Resíduos Sólidos. Esses objetivos devem ser frisados, visto que consistem em principal sustentáculo para a gestão e o gerenciamento de resíduos sólidos e, conseqüentemente, para a eliminação de “lixões”.

3 A divisão de competências em matéria ambiental

Sabe-se que o modelo federativo de Estado não é uniforme, haja vista as concepções destoantes do modelo considerado principal, a saber, a Constituição norte-americana de 1787. Sendo assim, torna-se difícil chegar à definição incontroversa do que seja idealmente uma federação. Embora essa multiplicidade seja reconhecida pela doutrina, existem características que são elevadas a condições, cuja incidência permite afirmar que um Estado possui a forma federativa.

Desse modo, pode-se afirmar que, em síntese, o federalismo diz respeito a uma forma de Estado no qual seus entes possuem estreito relacionamento, caracterizado pela união de coletividades públicas dotadas de autonomia político-constitucional, autonomia federativa.¹⁴⁰⁷

Os Estados federados são, portanto, dotados de autonomia política, financeira e administrativa, porém, com poder e competência dentro da limitação do conteúdo traçado pela Constituição Federal.¹⁴⁰⁸

A Constituição de 1988 elencou o Município como um ente federativo, portanto, hoje, a República Federativa do Brasil é integrada pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios.¹⁴⁰⁹

O artigo 30 da Constituição estabeleceu a competência privativa do Município para algumas matérias, inclusive para *legislar sobre assuntos de interesse local*, enquanto o art. 23 outorgou competência comum à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios no que tange às matérias insculpidas no artigo referido.¹⁴¹⁰

De acordo com a lição de Paulo Afonso Leme Machado, a limpeza pública, a coleta, o transporte e a disposição dos resíduos sólidos estão diretamente relacionados à saúde e ao meio ambiente.¹⁴¹¹ Nessa linha, o artigo 24, XII, da Constituição Federal, estabelece como competência concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar sobre defesa e proteção da saúde e do meio ambiente.

No entanto, como já citado, no sistema federativo brasileiro é assegurada a competência municipal na organização dos serviços públicos de interesse local. Logo, sendo uma questão eminentemente local, a limpeza pública, a coleta, o transporte e a disposição de resíduos sólidos constituem, evidentemente, competências municipais.

A cidade é, atualmente, a principal forma de organização social, afinal, grande parte da população vive em cidades.¹⁴¹² Assim, o poder público municipal é o mais pró-

¹⁴⁰⁷ SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 99.

¹⁴⁰⁸ Conforme arts. 29-31, 156, 158 e 159 da CFRB.

¹⁴⁰⁹ SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 471-472.

¹⁴¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 44-45.

¹⁴¹¹ MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p. 578.

¹⁴¹² SILVA, Sylvio Bandeira de Mello e; SILVA, Barbara-Christine Nentwig; SILVA, Maina Pirajá. Organização

ximo da vida do cidadão, sendo acertada a opção de nossa Constituição em possibilitar a competência municipal para assuntos de interesse local.

No entanto, cabe ressaltar que não há interesse local que não interfira, ao menos indiretamente, nos interesses dos Estados e da União, principalmente no que tange ao meio ambiente. Portanto, interesse local não é interesse exclusivo do município, mas sim, um interesse com efeitos locais cujo gerenciamento envolve a cooperação entre os entes federados, a sociedade civil e a sociedade empresária.

Nesse sentido, importante a lição de Paulo Afonso Leme Machado: “dada a necessidade de experiência técnica mais avançada para certos tipos de tratamento dos resíduos e o investimento de largas somas para implantar usinas de tratamento, decorre que a União e os Estados, além de estabelecerem normas, precisam intervir, auxiliando financeiramente”.¹⁴¹³

Desta forma, embora seja reconhecida a natureza local da disposição de resíduos sólidos, também se deve considerar a impossibilidade de lidar com o problema tão somente no âmbito da municipalidade. Com base no regime federativo, é essencial a participação da União e dos Estados no auxílio aos municípios na gestão de resíduos sólidos.

A Política Nacional de Resíduos Sólidos é condizente com a ideia de cooperação entre os entes federativos. Conforme preceitua no artigo 6º, VI, é um princípio desta legislação a “cooperação entre as diferentes esferas do poder público, o setor empresarial e demais segmentos da sociedade”, assim como estabelece como um de seus instrumentos a “cooperação técnica e financeira entre os setores público e privado para o desenvolvimento de pesquisas de novos produtos, métodos, processos e tecnologias de gestão, reciclagem, reutilização, tratamento de resíduos e disposição final ambientalmente adequada de rejeitos” (art. 8º, VI).

Nestes termos, a Política Nacional é baseada na instituição de “planos” criados na esfera da União, do Estado e do Município, os quais apresentam um diagnóstico da situação dos resíduos sólidos no respectivo território, bem como metas, programas, diretrizes e ações tendo em vista a realidade de cada ente federativo.

No plano municipal estão presentes os conteúdos mais importantes, como a “identificação de áreas favoráveis para disposição final ambientalmente adequada de rejeitos”, a “identificação das possibilidades de implantação de soluções consorciadas ou compartilhadas com outros Municípios, considerando, nos critérios de economia de escala, a proximidade dos locais estabelecidos e as formas de prevenção dos riscos ambientais”, as “regras para o transporte e outras etapas do gerenciamento de resíduos sólidos”, os “programas e as ações para a participação dos grupos interessados, em especial das cooperativas ou outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis formadas por pessoas físicas de baixa renda, se houver”, entre outras ações que deixam clara a função municipal no gerenciamento dos resíduos sólidos constantes no art. 19 da Lei de Resíduos Sólidos.

social e indicadores socioeconômicos no Brasil: um estudo exploratório. *Cad. CRH*, v. 22, n. 57, Salvador, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_art.text&pid=S010349792009000300013&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 22/09/2014.

¹⁴¹³ MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p. 583.

Acontece, no entanto, que a Política Nacional de resíduos sólidos estabeleceu prazo de 4 (quatro) anos desde a vigência da lei para efetivar a disposição final dos rejeitos, de forma ambientalmente adequada, ou seja, desativando lixões até agosto de 2014.

O primeiro prazo foi descumprido por grande parte dos municípios, praticamente ignorando a normativa que estabeleceu, desde 1981, a poluição ambiental como crime. Na semana de vencimento do prazo para encerramento dos “lixões”, organizações mostraram que a gestão de resíduos sólidos no Brasil apresenta-se ainda bastante deficitária, por exemplo, cite-se o estudo da ABRELPE, que revela como inadequado o encaminhamento de resíduos por aproximadamente 60% dos municípios brasileiros.¹⁴¹⁴

Frente a esses dados, são apresentadas diversas opções para a resolução do problema, propondo desde a imediata punição até a extensão do prazo para cumprimento. O deputado federal Manoel Júnior, do PSDB, apresentou um projeto de lei que propõe a extensão em 8 (oito) anos do prazo aos municípios para adequação.¹⁴¹⁵

Nos últimos anos, a Confederação Nacional dos Municípios (CNM) vem promovendo encontros para discutir os problemas enfrentados pelos municípios no cumprimento da Lei nº 12.305/2010. Conforme orientação da CNM, o plano municipal deve ser realizado com base em uma estratégia específica condizente com a realidade local. Igualmente, a Confederação também destaca “as dificuldades enfrentadas pelos Municípios nesse processo. Como exemplo, citou casos em que o Município – em decorrência de características locais como localização, dificuldade de acesso e baixa população – fica impossibilitado de realizar consórcios intermunicipais para a construção conjunta de aterros sanitários”.¹⁴¹⁶

Não há como analisar a ineficiência dos municípios na gestão dos resíduos sólidos de forma unitária no território nacional. Cada realidade condiciona dificuldades de natureza muito específicas. Desse modo, constata-se que o descumprimento não decorre apenas da negligência das autoridades municipais, a qual sem dúvida é ampla, porém, também a dificuldades relacionadas a recursos financeiros, à logística e, principalmente, ao despreparo.

Todavia, tais fatores não devem ser óbice ao cumprimento de Legislação cuja importância é reconhecidamente essencial à qualidade de vida da comunidade, bem como da manutenção do meio ambiente saudável. Diante disso, imprescindível se faz buscar mecanismos que incrementem a aplicação da Lei, de sorte a levar os gestores, especialmente os municipais, à conscientização das consequências de seu inadimplemento.

4 O papel dos Tribunais de Contas na efetivação da Lei de Resíduos Sólidos

O Tribunal de Contas surge na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 88 como órgão auxiliar de fiscalização das contas públicas, nos termos do art. 70 da CRFB, exercendo-a em relação ao exercício contábil, financeiro, orçamentário, patrimonial e operacional no que tange, principalmente, a gastos públicos.

¹⁴¹⁴ Panorama dos Resíduos Sólidos no Brasil 2013, 11ª edição do relatório anual, lançado em 04 de agosto de 2014.

¹⁴¹⁵ CANTO, Reinaldo. Lei dos resíduos sólidos não foi cumprida. E agora? *Carta Capital*. 15 ago. 2014. Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/sustentabilidade/lei-de-residuos-solidos-nao-foi-cumprida-e-agora-2697.html>. Acesso em: 10 abr. 2015.

¹⁴¹⁶ CIDADES, Confederação Nacional das. Boletim CNM - publicação da Confederação Nacional dos Municípios - julho/agosto de 2014, p. 03.

Os Municípios se submetem à fiscalização de Tribunais de Contas estaduais, conforme o art. 31 da CRFB, sendo que em relação ao chefe do poder executivo é emitido opinativo acerca da regularidade dos gastos públicos de um determinado exercício financeiro. Este parecer prévio será submetido à análise do Legislativo municipal, o qual prolatará a decisão final, podendo votar em sentido contrário ao entendimento do Tribunal de Contas, desde que, dois terços dos membros da Câmara assim o façam.

Percebe-se desses dispositivos constitucionais a intenção de unir o entendimento técnico-jurídico ao político a fim de que a gestão dos gastos públicos feita pelo executivo se submeta a análise rigorosa, tendo em vista a busca pela efetivação das leis orçamentárias de acordo com os preceitos e os princípios republicanos.

No entanto, não se deve entender que a missão constitucional da corte de contas termina após o parecer prévio. Note-se que seria bastante restritivo dar por cumprida a missão do Tribunal de Contas logo após a prolação do parecer prévio, visto que o acompanhamento técnico-jurídico deve se dar até esgotadas as possibilidades de consequências advindas da decisão final, que é a política.

Nesse sentido, a Lei nº 9.594/97, em seu art. 11, §5º, estabelece o Tribunal de Contas como órgão competente para informar à Justiça Eleitoral a relação daqueles que tiveram contas rejeitadas por decisão irrecurável em órgão competente. No caso de contas de prefeito, a decisão irrecurável é aquela emanada pela Câmara Legislativa, com base no parecer prévio, e que, portanto, é prolatada em momento posterior ao opinativo do Órgão de Contas.

Esse dispositivo incide diretamente na elegibilidade dos candidatos, visto que a Lei Complementar nº 64/1990, no art. 1º, I, 'g', torna inelegível o candidato que teve suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas em razão de irregularidade insanável por órgão competente em decisão irrecurável.

Em vista disso, o acompanhamento das contas do prefeito pelo Tribunal de Contas deve ir, ao menos, até após o julgamento irrecurável pelo órgão competente, a Câmara Legislativa Municipal.

Ao que parece, tal instituto é um meio que, se bem utilizado, pode representar forma de coagir prefeitos a instituírem a gestão de resíduos sólidos o mais breve possível.

Em relação à responsabilidade dos prefeitos no que tange a esta matéria, note-se que o art. 30, V, da CRFB institui competência organizacional do Município para a prestação de serviços públicos de interesse local, cuja essencialidade esteja presente. O manejo de resíduos sólidos, sem dúvidas, é requisito para a instituição de saneamento básico, assim como é forma reconhecida de melhorar a qualidade de vida, seja por meio da promoção e da proteção da saúde, seja através da preservação do meio ambiente. Desse modo, o possível questionamento de sua essencialidade, de sorte a afastar o art. 30, V, da CRFB, parece de fácil refutação. Remarque-se, nesse sentido, a lição de Nelson Gouveia:

O manejo adequado dos resíduos é uma importante estratégia de preservação do meio ambiente, assim como de promoção e proteção da saúde. Uma vez acondicionados em aterros, os resíduos sólidos podem comprometer a qualidade do solo, da água e do ar, por serem fontes de compostos orgânicos voláteis, pesticidas, solventes e metais pesados, entre outros [...]. De modo geral, os impactos dessa degradação estendem-se para além das áreas de disposição final dos resíduos, afetando toda a população.¹⁴¹⁷

¹⁴¹⁷ GOUVEIA, Nelson. Resíduos sólidos urbanos: impactos socioambientais e perspectiva de manejo sustentável com inclusão social. *Ciênc. saúde coletiva*, v. 17, n. 6, jun. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em <http://www.scielosp.org/scielo.php?script=sci_art.text&pid=S1413-81232012000600014&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 21 set. 2014.

Concomitante à disposição constitucional, encontra-se a Lei nº 12305/10, a qual prevê, em seu art. 21, §1º, a elaboração de plano de gerenciamento de resíduos sólidos a cargo do Município, reforçando, ainda mais, a responsabilidade do gestor municipal sobre a questão ambiental.

O art. 54 da Lei de Resíduos Sólidos instituiu o prazo para implantação da disposição adequada dos dejetos. Este prazo findou em agosto de 2014 e não há por parte do governo interesse em prorrogá-lo.¹⁴¹⁸

Sendo assim, como efetivação de sua função constitucional, os Tribunais de Contas devem emitir pareceres prévios das prestações de contas do exercício financeiro de 2014 considerando o cumprimento da Lei de Resíduos Sólidos. Em caso de não instituição da lei, visto que o prazo findou em agosto de 2014, portanto antes do final do exercício financeiro, o entendimento deve ser pela irregularidade das contas em razão de descumprimento de preceito legal, conforme o regimento interno de cada casa, sem esquecer possíveis sanções.

Em caso de discordância, deve o gestor recorrer por meio do recurso previsto no regimento interno do tribunal de contas, contudo, a última decisão será a política, que apenas será divergente do parecer prévio caso dois terços dos vereadores da respectiva Câmara discordem do Tribunal de Contas.

O julgamento pela irregularidade em sede irrecorrível incorre na Lei nº 9.594/97, a qual estabelece à Corte de Contas o encaminhamento da lista de gestores com contas irregulares ao Tribunal Regional Eleitoral, a fim de que seja aplicada a Lei Complementar nº 64/1990, isto é, para que a Corte Eleitoral torne inelegível possíveis candidatos com histórico de contas rejeitadas.

Por isso, as prestações de contas de exercícios anteriores, como de 2012 ou 2013, que ainda não tenham estabelecido o plano de gerenciamento de resíduos sólidos, devem ser julgadas com ressalva, tendo em mira a atenção do gestor ao cumprimento da Lei de Resíduos Sólidos.

Do mesmo modo, o Tribunal de Contas deve alertar os gestores sobre a possível consequência do descumprimento legal, a saber, o julgamento pela irregularidade com possibilidade de tornar o gestor inelegível. Assim, parece interessante, tendo em vista que o prazo já se exauriu, o encaminhamento de ofícios às prefeituras, constando dois apontamentos, quais sejam: i) acerca do final do prazo legal para a implementação da gestão de resíduos sólidos; e ii) sobre a necessidade de esforços para o cumprimento da Lei de resíduos sólidos, cuja inclusão na prestação de contas do exercício de 2014 é imprescindível.

Acredita-se que, desse modo, o Tribunal de Contas estará a cumprir com sua missão constitucional, auxiliando na fiscalização da destinação dos recursos públicos, tendo em vista o cumprimento legal, em especial o cumprimento da Lei de Resíduos Sólidos que, como se mostrou neste trabalho, é de suma importância à questão ambiental brasileira.

¹⁴¹⁸ PORTAL BRASIL. *Tire suas dúvidas sobre a política de resíduos sólidos*. 5 ago. 2014. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/meio-ambiente/2014/08/tire-suas-duvidas-sobre-a-politica-de-residuos-solidos>. Acesso em: 10 abr. 2015.

5 Conclusão

A lei de Resíduos Sólidos se propõe a efetivar os dispositivos constitucionais que visam a melhora da qualidade de vida da população através de um meio ambiente saudável. Da mesma forma, a lei busca a concretização do federalismo cooperativo através da instituição da Política Nacional de Resíduos Sólidos. Nesse cenário, os Municípios aparecem em posição de suma importância, posto que, entre todos os entes federativos, são os que mais próximos estão da população e, portanto, mais aptos a atender seus anseios.

O gestor municipal, como responsável pelo ente, deve estar ciente da importância da implementação da Lei para o avanço da questão ambiental, de modo que possui papel imprescindível à elaboração do plano de gestão de resíduos sólidos.

De fato, não se deve ignorar a realidade brasileira, que revela a dificuldade de Municípios de médio e pequeno porte na gerência de seus recursos, pois que, não raro, são escassos e precisam ser destinados a áreas cuja reivindicação é imediata.

No entanto, este fato não pode representar escusa por parte do Prefeito na instituição do Plano de Gestão de Resíduos Sólidos, afinal, o prazo para a elaboração do referido plano foi proporcional à sua complexidade, além de outras normativas anteriores e a própria Constituição Federal já apontarem para a adoção da política de proteção ambiental.

Percebe-se deste estudo que o escopo da Lei não deve, de modo algum, ser encarado com maus olhos, visto que seus impactos serão diretos em diversas áreas que, atualmente, aparecem como deficitárias e exigem dispêndio de altos valores do erário em razão, direta ou indiretamente, da falta de uma política devida do manejo de Resíduos Sólidos. Como áreas afetadas, pode-se citar, por exemplo, a saúde da população e dos animais, assim como a produção de alimentos, os quais dependem diretamente da qualidade do solo, do ar e da água, componentes que, como bem se sabe, são essenciais à vida e diretamente atingidos pela gestão dos resíduos.

Nesse sentido, o Tribunal de Contas assume relevância sem precedente. A natureza fiscalizatória do órgão, estabelecida constitucionalmente, não se limita ao parecer prévio ao julgamento da Câmara acerca da regularidade das contas de um determinado exercício financeiro, prestadas pelo respectivo Prefeito. Pelo contrário, a Corte de Contas deve assumir seu papel no que tange à fiscalização do cumprimento da legislação e, em caso de descumprimento, deve tomar medidas a fim de conscientizar o gestor de possível julgamento pela irregularidade das contas, com consequente inelegibilidade.

Tendo em vista que o prazo da Lei de Resíduos sólidos se esgotou em meados de 2014, a prestação de contas dos prefeitos deste ano deverá apresentar os atos tomados com o objetivo do cumprimento da Lei. Com isso, para que os Tribunais de Contas evitem diversos julgamentos pela irregularidade por eventual descumprimento da Lei nº 12305/10, com consequentes interposições de recursos, parece adequado que as Cortes de Contas encaminhem, até o final de 2014, ofícios instruindo prefeitos a instituírem, o mais breve possível, o plano de gestão de resíduos sólidos, visto que vários estudos apontam a inadimplência dos gestores nesta matéria.

Parece, portanto, que o Tribunal de Contas possui papel chave na efetivação da Lei estudada, haja vista sua importância à fiscalização do cumprimento das Leis, com possível encaminhamento da lista que traz gestores com contas rejeitadas, a qual incidirá sobre a elegibilidade do candidato.

Referências

- ABRAMOVAY, Ricardo *et al.* *Lixo zero: gestão de resíduos sólidos para uma sociedade mais próspera*. Instituto Ethos, no âmbito do Grupo de Trabalho de Resíduos Sólidos.
- ABRELPE. *Panorama dos Resíduos Sólidos no Brasil em 2010*. Disponível em: <http://www.abrelpe.org.br/panorama_apresentacao.cfm>. Acesso em: 20/09/2014.
- ABRELPE. *Panorama dos resíduos sólidos no Brasil em 2012*. Disponível em: <<http://www.abrelpe.org.br/Panorama/panorama2012.pdf>>. Acesso em 15/09/2014.
- ABRELPE. *Panorama dos Resíduos Sólidos no Brasil 2013*, 11ª edição do relatório anual, lançado em 04 de agosto de 2014. Disponível em: <<http://www.abrelpe.org.br/Panorama/panorama2013.pdf>>. Acesso em 20/09/2014.
- ASSAD, Leonor. Aplicação de política nacional para resíduos sólidos pode transformar lixo em dinheiro. *Cienc. Cult.*, v. 64, n. 3. São Paulo: 2012. Disponível em: <http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_art.text&pid=S000967252012000300004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 22/09/2014.
- BESEN, Gina Rizpah. *Coleta seletiva com inclusão de catadores: construção participativa de indicadores e índices de sustentabilidade* [tese de doutorado] São Paulo: Faculdade de Saúde Pública da USP, 2011, p. 30/31.
- BRASIL. [Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010]. *Política nacional de resíduos sólidos* [recurso eletrônico]. – 2. ed. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012.
- BRASIL. *Lei nº 11.445*, de 05 de janeiro de 2007. Brasília, DF: [s.n.], 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11445.htm>. Acesso em: 20/09/2014.
- BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Plano Nacional de Resíduos Sólidos*. Brasília, 2011. Disponível em <http://www.mma.gov.br/estruturas/253/_publicacao/253_publicacao02022012041757.pdf>. Acesso em 20/09/2014.
- CANTO, Reinaldo. Lei dos resíduos sólidos não foi cumprida. E agora? *Carta Capital*. 15 ago. 2014. Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/sustentabilidade/lei-de-residuos-solidos-nao-foi-cumprida-e-agora-2697.html>. Acesso em: 10 abr. 2015.
- CIDADES, Confederação Nacional das. Boletim CNM - *Publicação da Confederação Nacional dos Municípios* - julho/agosto de 2014. Disponível em <<http://www.cnm.org.br/biblioteca/exibe/1908#titulo-livro>>. Acesso em 19/09/2014.
- COPOLA, Gina. *Os Aterros Sanitários de Rejeitos e os Municípios*. Disponível em: <<http://www.acopesp.org.br>>. Acesso em 28 set. 2013, p. 02.
- GOUVEIA, Nelson. Resíduos sólidos urbanos: impactos socioambientais e perspectiva de manejo sustentável com inclusão social. *Ciênc. saúde coletiva*, v. 17, n. 6, jun. Rio de Janeiro: 2012. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_art.text&pid=S1413-81232012000600014>. Acesso em 21 set. 2014.
- IPEA. *Diagnóstico dos Resíduos Sólidos Urbanos: relatório de pesquisa*. Panorama dos Resíduos Sólidos no Brasil 2013. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/121009_relatorio_residuos_solidos_urbanos.pdf>. Acesso em 18/09/2014.
- JACOBI, Pedro Roberto; BESEN, Gina Rizpah. *Gestão de resíduos sólidos em São Paulo: desafios da sustentabilidade*. *Estud. av.* [online]. 2011, vol.25, n.71. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142011000100010&script=sci_art.text>. Acesso em 15/09/2014.
- JURAS, Ilidia da Ascensão Garrido Martins. *Legislação sobre resíduos sólidos: a Lei nº 12.305/2010 e exemplos de países desenvolvidos*. Biblioteca Digital Câmara, Cadernos Aslegis, n.45, p. 121-146, jan/abr. 2012.
- LEITE, Flávia Piva Almeida. O dever dos municípios na gestão dos resíduos da construção civil. *Revista Âmbito Jurídico*. Direito Ambiental. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11360>. Acesso em 15/09/2014.
- MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.
- MORIYAMA, Victor; PEGURIER, Eduardo. Apesar de fechado, Gramacho é uma história inacabada. *O Eco*. Disponível em: <http://www.oeco.org.br/reportagens/26063-apesar-de-fechado-gramacho-e-uma-historia-inacabada>. Acesso em 10 abr. 2015.

OAB NOTÍCIAS. OAB quer o cumprimento da lei de resíduos sólidos. 4 ago. 2014. Disponível em: <http://www.oab.org.br/noticia/27342/oab-quer-o-cumprimento-da-lei-de-residuos-solidos>. Acesso em 10 abr. 2015.

PORTO, Marcelo Firpo. Saúde do trabalhador e o desafio ambiental: contribuições do enfoque ecossocial, da ecologia política e do movimento pela justiça ambiental. *Ciênc. saúde coletiva*, v. 10, n. 4. Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81232005000400008&script=sci_art.text. Acesso em 22/09/2014.

RANGEL, Tauã Lima Verdan. *O Princípio da Cooperação na Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos: breves comentários*. Boletim Jurídico, setembro/2013. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=3478>. Acesso em 15/09/2014.

SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 4. ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2002, p. 34.

SILVA, Sylvio Bandeira de Mello e; SILVA, Barbara-Christine Nentwig; SILVA, Maina Pirajá. Organização social e indicadores socioeconômicos no Brasil: um estudo exploratório. *Cad. CRH*, v. 22, n. 57, Salvador, 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_art.text&pid=S010349792009000300013&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 22/09/2014.

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

SANTOS, Thais Giselle Diniz Santos; PIEMONTEZ, Thiago. A efetividade da Lei de Resíduos Sólidos no Brasil e o papel dos Tribunais de Contas. In: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). Problemas emergentes da Administração Pública. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. *Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 495-506.

DO ANTÍDOTO AO VENENO: RESTRIÇÕES À APLICAÇÃO DESMEDIDA DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA AOS AGENTES POLÍTICOS

THIAGO PRIESS VALIATI
LUIS ALBERTO HUNGARO

1 Introdução

A corrupção do bem comum consiste em um dos principais infortúnios da práxis administrativa brasileira. São várias as tentativas de combate a esse problema (uma das mais recentes consistiu na criação da chamada Lei Anticorrupção, a Lei nº 12.846/2013). Esta noção de corrupção, contudo, não deve ser compreendida tão somente através do desvio de verbas públicas e de lesão ao erário, como usualmente se verifica, mas a partir de uma ideia mais abrangente: a eliminação da confiança por parte dos indivíduos em seus concidadãos.¹⁴¹⁹

É a partir desse contexto que Renato Janine Ribeiro identifica a corrupção como o aviltamento dos costumes e da perda da confiança no bem comum.¹⁴²⁰ Quando um indivíduo joga lixo na rua, por exemplo, ele está agindo de forma corrupta, porquanto, supostamente, ao degradar a coisa pública e o bem comum, ele perdeu a confiança na comunidade ao imaginar que seus concidadãos também agiriam do mesmo modo. É através dessa noção, mediante um caráter mais aberto (ou seja, a perda da confiança nos concidadãos e na degradação do bem comum), que consiste o real significado de corrupção (e, portanto, o que será adotado neste artigo).¹⁴²¹

¹⁴¹⁹ LOPES, Ana Paula Veiga; VALIATI, Thiago Priess. O republicanismo entre a felicidade e a justiça. In: GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree (Coord). *Direito, Felicidade e Justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 221.

¹⁴²⁰ RIBEIRO, Renato Janine. *A república*. São Paulo: Publifolha, 2005. p. 42-43.

¹⁴²¹ LOPES, Ana Paula Veiga; VALIATI, Thiago Priess. *op. cit.*, p. 221.

Com efeito, a atuação da Administração Pública deve ocorrer necessariamente com vistas à indisponibilidade do interesse público, de modo a atuar visando tão somente à realização do bem comum e à satisfação geral. Vale dizer, a indisponibilidade do interesse público pela Administração é pressuposto que se tornou princípio estruturante do regime jurídico-administrativo. Para Romeu Felipe Bacellar Filho, “a Administração Pública, como visto, tem por função precípua gerir a *res publica*, a coisa pública. [...] o administrador público encarrega-se de bens pertencentes à coletividade como um todo, e os interesses em jogo são marcados pela indisponibilidade. Afinal, a ninguém é lícito ser desprendido com o que não lhe pertence”.¹⁴²²

Nesse mesmo sentido, Clèmerson Merlin Clève destaca que a Constituição Federal de 1988 preocupou-se em prever instrumentos que consolidem a realização do bem comum, reagindo contra o histórico de patrimonialismo e clientelismo, como a exigência de concurso público para ingresso na função pública e a fixação de princípios basilares do agente público (como a legalidade, a impessoalidade e a moralidade).¹⁴²³ Portanto, é indissociável ao regime de Direito Público e à Administração Pública a noção de bem comum; trata-se do principal identificador de um governo republicano. A república busca a satisfação coletiva e não a vantagem de apenas alguns setores da sociedade.¹⁴²⁴

Nesse contexto, como uma das principais tentativas de fulminar com o aviltamento do bem comum, desponta a Lei nº 8.429/1992 – a Lei de Improbidade Administrativa –, que procura punir não apenas as práticas por enriquecimento ilícito e que causem dano ao erário (artigos 9º e 10 do referido diploma legal), mas também os indivíduos que afrontem os princípios basilares da Administração Pública, conforme o artigo 11 da Lei – notadamente o Princípio da Moralidade administrativa –, tendo em vista esse caráter mais aberto da noção de corrupção.

A discussão acerca dos limites da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos é o tema que se pretende explorar neste artigo. Antes de se adentrar propriamente na análise de tais limites, realizar-se-á uma exposição a respeito do histórico do regime de responsabilidade por improbidade administrativa no Direito brasileiro. Na sequência, destacar-se-á o conceito de ato de improbidade administrativa adotado atualmente no Brasil. Os referidos limites serão analisados em dois momentos. Primeiramente, será verificada a insuficiência da redação do *caput* do artigo 10, da Lei nº 8.429/1992, através da previsão de cometimento de ato ímprobo por mera culpa (sem exigência do elemento subjetivo dolo, o que, em um primeiro momento, parece caracterizar uma verdadeira contradição). Em um momento posterior, será discutida a controvérsia acerca da possibilidade de aplicação simultânea da Lei nº 8.429/1992 e da Lei de Crimes de Responsabilidade (Lei nº 1.079/1950) aos agentes políticos.

Pretende-se, destarte, demonstrar que o anseio em punir a qualquer custo os agentes políticos como resposta à pressão social no combate à corrupção (isto é, a perda da confiança no bem comum), com o desrespeito frontal da Constituição

¹⁴²² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Profissionalização da Função Pública no Brasil. *A & C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, n. 12, ano 3 Abril / Junho 2003 Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=12613>>. Acesso em: 29 ago. 2014. p. 4-5.

¹⁴²³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Presidencialismo de coalizão e Administração Pública. *A & C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 12, n. 50, p. 35-39, out./dez/ 2012. p. 35-36.

¹⁴²⁴ RIBEIRO, Renato Janine. *op. cit.*, p. 18.

Federal, enfraquece demasiadamente o Estado Democrático de Direito, devendo-se priorizar a prevalência das garantias constitucionais em face da penalização excessiva e da punição de agentes públicos em razão de mera irregularidade.

2 Breve histórico do regime de responsabilidade por improbidade administrativa no direito brasileiro

Antes de realizar uma análise mais detida do conceito de ato de improbidade administrativa adotado no direito brasileiro, é de bom grado destacar o desenvolvimento histórico dos sistemas de proteção à probidade administrativa, além dos motivos que ensejaram a criação de um regime de responsabilidade por improbidade administrativa no Brasil.

Com efeito, a Constituição Republicana de 1891, guardadas as devidas proporções, destinou determinado espaço em seu texto para a tutela da probidade administrativa: através da previsão desta modalidade de crime político em seu artigo 54, §6º (atentado contra a probidade da Administração); na sequência, o referido dispositivo foi regulado pelo Decreto nº 30/1892, dispondo em seu Capítulo VI, artigos 37 a 48, a respeito dos crimes contra a probidade na Administração.¹⁴²⁵

A partir da referida Constituição, eis que as Cartas Magnas de 1934 e 1937 mantiveram praticamente a mesma regulamentação proposta pelo texto constitucional de 1891. A inovação somente foi ocorrer com o advento da Constituição de 1946, através de seu artigo 89, inciso V, que previa tanto a responsabilização dos agentes públicos em sentido amplo, ampliando a proteção outrora destinada tão somente aos agentes políticos, quanto a previsão de improbidade administrativa como delito político.¹⁴²⁶ A aludida previsão foi editada sob a égide da Lei nº 1.079/1950, que definiu os crimes de responsabilidade e regulou o processo de julgamento, substituindo o Decreto nº 30/1892, reservando o seu Capítulo V para definir novamente os crimes contra a probidade na Administração.¹⁴²⁷

A Lei nº 1.079/1950 ainda se encontra vigente, perfazendo-se, portanto, como um marco da preocupação em relação ao combate à corrupção e ao enriquecimento ilícito decorrente do exercício de função ou cargo público.

Antes de se atentar à disciplina disposta na Constituição Federal de 1988, importante destacar, ainda, as previsões contidas na Constituição de 1967, a qual manteve os crimes contra a probidade administrativa e, por meio da Emenda Constitucional nº 1/69, cuidou do atentado à probidade como crime de responsabilidade, previsão esta ampliada pelo diploma constitucional de 1988.

O atual texto constitucional distingue-se das Constituições anteriores em virtude de prever a improbidade administrativa, em seu artigo 37, §4º, de forma

¹⁴²⁵ BERTONCINI, Mateus. *Ato de Improbidade Administrativa*: 15 anos da Lei nº 8.429/1992. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 21.

¹⁴²⁶ Com relação à relativa inovação trazida pela Constituição de 1946, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves destacam que: “no que concerne aos agentes públicos em geral, o art. 141, §31, 2ª parte, da Constituição de 1946, estatuiu que “a lei disporá sobre o sequestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica”. (GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. p. 199).

¹⁴²⁷ BERTONCINI, Mateus. *op. cit.*, p. 22.

ampla e não taxativa, concedendo quase que irrestrita liberdade ao legislador na tipificação dos atos de improbidade administrativa, preceito constitucional esse regulamentado, enfim, pela Lei nº 8.429/1992, a conhecida Lei de Improbidade Administrativa.¹⁴²⁸

Em suma, é possível observar que a preocupação em relação ao dever de probidade se estabeleceu, inicialmente, em relação aos agentes políticos, de modo que as primeiras Constituições já previam a responsabilização (eminente política) de tais agentes quando praticassem atos atentatórios a esse dever. Todavia, a proteção somente foi se aperfeiçoar efetivamente com a Constituição Federal de 1988 e a respectiva regulamentação infraconstitucional através da Lei nº 8.429/1992, tornando-se irrestritas e desmedidas as possibilidades de responsabilização dos agentes políticos por improbidade administrativa.

3 Conceito de ato de improbidade administrativa: necessidade da presença de elemento subjetivo para sua caracterização

É possível notar que as normas anteriores à atual Constituição se preocupavam demasiadamente com o enriquecimento ilícito, ao passo que a Lei nº 8.429/1992 prevê outras duas espécies de causas que podem ensejar o ato de improbidade administrativa: atos que causem lesão ao erário e atos que atentem contra os princípios da Administração Pública.¹⁴²⁹

Dada a ampliação conferida pela atual Constituição Federal e pela Lei nº 8.429/1992 à noção e ao estabelecimento de um regime de responsabilidade por improbidade administrativa, adequada é a definição proposta por Wallace Paiva Martins Júnior, o qual afirma significar o ato de “servir-se da função pública para angariar ou distribuir, em proveito pessoal ou para outrem, vantagem ilegal ou imoral, de qualquer natureza, e por qualquer modo, com a violação aos princípios e às regras presidentes das atividades na Administração Pública [...]”.¹⁴³⁰ Com efeito, Gilson Brito salienta que a Lei de Improbidade Administrativa torna-se importante meio para se tutelar o Princípio da Moralidade administrativa, sendo tal diploma normativo elementar para a efetividade da tutela do princípio da probidade.¹⁴³¹

¹⁴²⁸ Consoante ao destacado por Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, tem-se que: “diferentemente dos textos anteriores, os quais restringiam a tipologia dos atos de improbidade às hipóteses de dano ao erário e enriquecimento ilícito, o art. 37, §4º, da Constituição de 1988 confere maior liberdade ao legislador ordinário, dispondo que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível” [...]. (GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *op. cit.*, p. 200).

¹⁴²⁹ O doutrinador Marino Pazzagli Filho conclui que: “em suma, as normas apresentadas cuidavam só do enriquecimento ilícito, ao passo que a LIA considera este uma das espécies de ato de improbidade administrativa, ao lado de duas outras relativas aos atos de improbidade lesivos a erário e atentatórios aos princípios da Administração Pública”. (PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 21.)

¹⁴³⁰ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 113.

¹⁴³¹ Gilson Brito assim salienta: “de fato, a Lei de Improbidade é um poderoso instrumento legal para tutelar o princípio constitucional da moralidade administrativa, sobretudo porque é notória a dificuldade da efetivação da intervenção penal nos crimes de colarinho branco, o que não é exclusividade brasileira”. (BRITO, Gilson Batista. *Corrupção, discurso de resistência e tutela jurídica da probidade administrativa. Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, 05 de setembro de 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/252266>>. Acesso em: 11 fev. 2014).

Nesse contexto, Thiago Marrara aduz que o Princípio da Moralidade administrativa atravessa a análise de três parâmetros básicos: a moralidade-probidade, a moralidade-razoabilidade e a moralidade-cooperação.¹⁴³² O autor defende a operacionalização do referido princípio mediante a observação prática dos três critérios citados. No que diz respeito ao aspecto da probidade, Marrara salienta que ela constitui um dos principais parâmetros de concretização do Princípio da Moralidade administrativa. Com efeito, “a moralidade como probidade exige do administrador a boa-fé na prática de suas condutas”.¹⁴³³ Para o referido autor, a improbidade administrativa não consiste no mero erro da Administração, caracterizando-se pelo ato de má-administração marcado pela desonestidade de quem o pratica. Isto é, “a improbidade é marcada pelo desvio intencional do agente público, seja para enriquecer indevidamente, seja para causar dano ao erário, seja para simplesmente violar os princípios que regem a Administração Pública”.¹⁴³⁴

Para José Afonso da Silva, a improbidade administrativa não consiste propriamente em um sinônimo de imoralidade administrativa, possuindo esta um sentido mais amplo na visão do autor. Nem toda imoralidade administrativa conduz necessariamente à suspensão dos direitos políticos, por exemplo. A improbidade administrativa possui relação com a prática que causa lesão ao erário em proveito do administrador ímprobo. “Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo”.¹⁴³⁵

Com efeito, a Lei nº 8.429/1992 consolidou três espécies de atos de improbidade administrativa no ordenamento jurídico pátrio: atos de improbidade por enriquecimento ilícito (dispostos no artigo 9º),¹⁴³⁶ atos de improbidade por lesão ao erário (dispostos no artigo 10)¹⁴³⁷ e atos de improbidade por ofensa aos princípios da Administração Pública (dispostos no artigo 11).¹⁴³⁸

Nesta senda, os atos de improbidade por enriquecimento ilícito (artigo 9º) e por ofensa aos princípios (artigo 11) exigem sempre a presença do elemento subjetivo dolo, enquanto os atos de improbidade por lesão ao erário (artigo 10) têm por suficiente a modalidade culposa, consoante os dispositivos legais supramencionados.¹⁴³⁹

Sérgio Turra Sobrane destaca que a Lei de Improbidade Administrativa não observou os comentários da doutrina que limitavam a caracterização do ato de improbidade a uma ofensa qualificada do Princípio da Moralidade administrativa.

¹⁴³² MARRARA, Thiago. O conteúdo do Princípio da Moralidade: probidade, razoabilidade e cooperação. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de Direito Administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 159-162.

¹⁴³³ *Idem*. p. 166-167.

¹⁴³⁴ *Ibidem*. p. 168.

¹⁴³⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34. ed., São Paulo: Malheiros, 2011. p. 386.

¹⁴³⁶ Art. 9º. Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente [...].

¹⁴³⁷ Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente [...].

¹⁴³⁸ Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente [...].

¹⁴³⁹ SPITZCOVSKY, Celso. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Editora Método, 2009. p. 19-22.

Na ótica da doutrina, apenas a conduta dolosa, com grave ofensa aos princípios da Administração Pública, poderia ser configurada como ato de improbidade.¹⁴⁴⁰ Porém, não foi o que aconteceu, e a Lei de Improbidade acabou por prever também a modalidade culposa no artigo 10. Dessa forma, para a perfectibilização do ato de improbidade administrativa, nos termos da literalidade dos dispositivos da Lei, o elemento subjetivo presente poderá ser o dolo ou a culpa (este no caso do ato ímprobo por lesão ao erário).

Desse modo, prevalece na doutrina e na jurisprudência o entendimento que considera indispensável a presença do elemento subjetivo para a configuração do ato de improbidade administrativa, seja o dolo, seja a culpa. Marçal Justen Filho, por exemplo, em que pese admita a possibilidade, em algumas situações, de mera culpa no caso de ato ímprobo por lesão ao erário, ainda assim destaca a exigência da presença do elemento subjetivo para a caracterização do ato de improbidade administrativa.¹⁴⁴¹ Na jurisprudência pátria, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de considerar imprescindível a existência de prova da intenção do administrador de comportar-se, seja de forma comissiva ou omissiva, a fim de violar o dever constitucional de moralidade, mormente os artigos 9º e 11 da Lei de Improbidade.¹⁴⁴²

Observe-se que a mera irregularidade não se confunde com o ato de improbidade, como vem decidindo regularmente a jurisprudência nacional.¹⁴⁴³ Enquanto a simples irregularidade se caracteriza pela inabilidade do administrador público no trato da coisa pública, a improbidade exige também a presença do elemento subjetivo para a caracterização da conduta como desonesta e imoral. É o que defende Mauro Roberto Gomes de Mattos quando salienta que “nem toda ilegalidade caracterizada pelo descumprimento de princípios constitucionais pode ser enquadrada como devassidão ou desonestidade de seu interlocutor”.¹⁴⁴⁴

Portanto, a Lei nº 8.429/92 possui como objetivo punir o administrador desonesto e imoral, e não o inábil. Alexandre de Moraes destaca, nesse sentido, que:

¹⁴⁴⁰ SOBRANE, Sérgio Turra. *Improbidade administrativa: aspectos materiais, dimensão difusa e coisa julgada*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 36.

¹⁴⁴¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 1086. O autor pontua que: “deve-se ter cautela para evitar a generalização da configuração da improbidade sem dolo em todos os casos do art. 10. Apenas alguns dele é que comportam essa possibilidade. A esmagadora maioria das condutas descritas no art. 10 compreende o dolo genérico como elemento subjetivo. Admite-se, no entanto, a culpa em situações excepcionais, especialmente nas hipóteses em que a lesão aos cofres públicos se aperfeiçoa em virtude da omissão da adoção de providências indispensáveis à defesa dos interesses e bens colocados sob guarda de um agente estatal”. (*Idem.*, p. 1086).

¹⁴⁴² Nesse sentido, conferir, por exemplo: REsp 734.984/SP, Rel. Min. José Delgado, Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux, DJe de 16/06/2008; REsp 751.634/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 02/08/2007; e REsp 758.639/PB, Rel. Min. José Delgado, DJ de 15/05/2006. Outrossim, este posicionamento restou consolidado no *Enunciado nº 10* das 4ª e 5ª Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná: “Faz-se necessária a comprovação do elemento subjetivo de conduta do agente para que se repute seu ato como de improbidade administrativa (dolo, nos casos dos arts. 9º e 11 e, ao menos, culpa nos casos do art. 10 da Lei nº 8.429/1992)”.

¹⁴⁴³ Nesse vértice, conferir: AgRg no AREsp 21.662/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 15/02/2012. No citado julgado, o STJ entendeu que: “a interpretação corrente da Lei nº 8.429/92 tem sido no sentido de que a conduta que revela improbidade administrativa ultrapassa o limite da simples irregularidade ou ilegalidade do ato, exigindo-se a má-fé e a desonestidade do agente público, ou seja, a prova do elemento subjetivo. Assim, ilegalidade não é sinônimo de improbidade e a prática de ato ilegal, por si só, não configura improbidade administrativa, sendo necessário o comportamento desonesto do agente público”.

¹⁴⁴⁴ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da improbidade administrativa: comentários à Lei nº 8.429/92*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 372-373.

“a Lei de Improbidade, portanto, não pune a mera ilegalidade, mas a conduta ilegal ou imoral do agente público, e de todo aquele que o auxilie, voltada para a corrupção”.¹⁴⁴⁵

O posicionamento de Mauro Roberto Gomes de Mattos e Alexandre de Moraes vai de encontro ao entendimento exposto por Fábio Medina Osório, o qual considera que a improbidade administrativa “não significa apenas desonestidade. Isto é, pode ser fruto do despreparo e da incompetência administrativas”.¹⁴⁴⁶ Entendimento parecido ao de Pedro Roberto Decomain, que considera que a conduta descuidada, caracterizada pelo desinteresse na preservação do erário, também configura improbidade administrativa. Porém, ao contrário de Fábio Medina Osório, Decomain aduz que esse pouco caso com a coisa pública também configura desonestidade.¹⁴⁴⁷

Porém, o posicionamento mais adequado, à luz do que preceitua o sistema constitucional brasileiro, não parece ser o de Fábio Medina Osório nem o de Pedro Roberto Decomain, para os quais o ato de improbidade administrativa também abarcaria o agente incompetente, que viola os comandos legais e causa danos involuntários ao erário. Ao contrário, o posicionamento mais acertado parece ser o de Mauro Gomes de Mattos – que defende que improbidade administrativa não pode ser confundida com irregularidade administrativa –, nos termos do que será exposto detalhadamente no tópico seguinte.

4 A insuficiência da redação do artigo 10, *caput*, da Lei de Improbidade Administrativa: impossibilidade de cometimento de ato ímprobo por culpa

Conforme exposto no tópico anterior, o artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa trata do ato de improbidade por lesão ao erário, admitindo em seu *caput* as modalidades culposa e dolosa, ao contrário das demais espécies de atos ímprobos que admitem tão somente a espécie dolosa.

Todavia, ainda que o citado dispositivo legal preveja a hipótese de conduta culposa em seu *caput*, o melhor entendimento – dentro do microsistema instituído pela Lei de Improbidade Administrativa – é de que o ato ímprobo por lesão ao erário, ainda assim, necessita da presença do dolo para identificação do ato de improbidade administrativa. A mera identificação da culpa, portanto, não é suficiente para caracterização do ato como ímprobo por lesão ao erário.

Se a leitura singular do *caput* do artigo 10 for mantida, sem a exigência da caracterização do dolo na conduta do agente – ausente, portanto, qualquer exercício hermenêutico por parte do intérprete do Direito –, determinado administrador

¹⁴⁴⁵ DE MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2005. p. 2679.

¹⁴⁴⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade administrativa: observações sobre a Lei nº 8.429/92*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1998. p. 62. Para Medina Osório, ímprobo não é apenas o administrador público desonesto, mas também o incompetente do ponto de vista administrativo. Nas palavras do autor: “a improbidade decorre do *dever de probidade administrativa*, que descende diretamente do Princípio da Moralidade administrativa, traduzindo dois deveres fundamentais aos agentes públicos: honestidade e eficiência funcional mínima. [...] a falta de honestidade é causa de improbidade; mas também ímprobo o agente incompetente, aquele que, por culpa, viola comandos legais, causando lesão ao erário, demonstrando ineficiência intolerável no exercício das funções”. (*Idem.*, p. 61-62).

¹⁴⁴⁷ DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007. p. 109.

público que, involuntariamente, cometeu um pequeno dano à Administração Pública será injustamente enquadrado na mesma gradação daquele que dolosamente causou graves prejuízos ao erário.¹⁴⁴⁸ Como se pode perceber, tal equiparação é injusta e ofende frontalmente o artigo 37, §4º, da Constituição Federal, que prevê expressamente a necessidade de gradação na legislação infraconstitucional.¹⁴⁴⁹

Como destaca o constitucionalista José Afonso da Silva, “o ímprobo administrativo é o devasso da Administração Pública”.¹⁴⁵⁰ Mauro Roberto Gomes de Mattos, por seu turno, destaca que tal devassidão deverá vir contida na índole da conduta do administrador público, ou na vontade de causar dano ao erário, porquanto, do contrário, falta a necessária tipicidade para enquadrar o mero ato culposo em ato de improbidade administrativa.¹⁴⁵¹

Como considerar devasso também o administrador público que, inconscientemente, sem agir de modo desonesto ou imoral, comete equívocos e age de maneira inábil? Como comparar o administrador que agiu involuntariamente de modo irregular com os gestores manifestamente corruptos que transgrediram os princípios da Administração Pública? A comparação é indevida e coloca em xeque o real objetivo do regime de responsabilização por improbidade administrativa, instituído para penalizar tão somente os administradores corruptos e desonestos.

Percebe-se que a conduta de um determinado administrador público, agindo de boa-fé e procurando atender aos ditames estabelecidos pelo texto constitucional, porém, irregular do ponto de vista administrativo, não pode ser caracterizada como ímproba e, portanto, comparada à situação daqueles que manifestamente e conscientemente lesaram o erário. Afinal, como alguém poderia ser desonesto e corrupto por culpa sem a intenção deliberada de ser imoral? Parece óbvio que apenas o agente que age intencionalmente, isto é, com dolo, com o intuito de lesar o erário e transgredir os princípios norteadores da Administração Pública, é que deverá ser responsabilizado nos termos da Lei de Improbidade Administrativa.

Destarte, a partir de uma interpretação coerente com os objetivos da Lei de Improbidade e com as garantias estabelecidas no texto constitucional, apenas a conduta dolosa é que deverá ser considerada como ímproba, mesmo que a previsão disposta no *caput* do artigo 10 preveja a modalidade culposa, sob pena de banalização da norma e de ofensa ao texto constitucional.

Isto é, nem toda lesão ao erário pode ser considerada como reveladora de um ato ímprobo, tendo em vista que a conduta do administrador deve ser o elemento caracterizador do ilícito – com a presença imprescindível do elemento subjetivo dolo. A Lei de Improbidade procura punir o agente público desonesto, não o inábil.

Como se tem por evidente, a conduta irregular do ponto de vista administrativo também deverá ser penalizada, porém dentro do regime de responsabilização adequado. Nunca pela Lei de Improbidade, cabível apenas para casos extremos, de responsabilização dos administradores corruptos e desonestos, que possuem

¹⁴⁴⁸ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *op. cit.*, p. 267.

¹⁴⁴⁹ Art. 37, §4º. Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

¹⁴⁵⁰ SILVA, José Afonso da. *op. cit.*, p. 386.

¹⁴⁵¹ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *op. cit.*, p. 268.

a intenção deliberada de enriquecer ilícitamente, lesar o erário ou transgredir os princípios norteadores da Administração Pública.

Nesse cenário, parcela da doutrina defende a manifesta inconstitucionalidade do *caput* do artigo 10, da Lei de Improbidade. O jurista Aristides Junqueira Alvarenga, por exemplo, salienta a dificuldade em se excluir o dolo do conceito de desonestidade e, por consequência, do de improbidade administrativa, destacando ser inimaginável que algum agente público possa ser corrupto por mera culpa, vez que ao conceito de desonestidade estão relacionadas as ideias de má-fé e de deslealdade.¹⁴⁵²

No mesmo sentido, Marcelo de Figueiredo também critica a redação do *caput* do artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa, ressaltando ser necessária a interpretação do dispositivo legal à luz do texto constitucional. O autor destaca, por exemplo, ser um absurdo a condenação, nas graves sanções da Lei de Improbidade, de determinado agente público por omissão culposa – e, portanto, involuntária –, causadora de uma pequena lesão ao erário.¹⁴⁵³

Ainda, Gina Copola aduz que a caracterização do ato de improbidade administrativa necessita da ocorrência de dolo, não bastando, portanto, a mera presença da culpa na conduta do administrador público, destacando que a forma culposa de ato ímprobo não se adapta ao disposto no artigo 37, §4º, da Constituição. A autora defende, portanto, que a forma culposa de ato de improbidade administrativa é absolutamente inconstitucional.¹⁴⁵⁴

Mauro Roberto Gomes de Mattos defende a inconstitucionalidade da expressão “culposa” constante no *caput* do artigo 10, em clara afronta ao artigo 37, §4º, da Constituição Federal. Para o referido autor, o ato de improbidade por lesão ao erário, assim como as demais espécies de atos ímprobos, exige para a sua perfectibilização o elemento subjetivo dolo, não bastando a presença da culpa. Destaca, inclusive, que o STJ vem adotando posicionamento nesse sentido.¹⁴⁵⁵

Por seu turno, Paulo Osternack Amaral conclui que para a perfectibilização do ato de improbidade por lesão ao erário na modalidade culposa – apesar da literalidade do artigo 10 da Lei de Improbidade – faz-se imprescindível a presença

¹⁴⁵² ALVARENGA, Aristides Junqueira. Reflexões sobre improbidade administrativa no direito brasileiro, *In: Improbidade Administrativa: questões polêmicas e atuais*, São Paulo: Malheiros, 2001. p. 88-89.

¹⁴⁵³ FIGUEIREDO, Marcelo de. *Probidade Administrativa: comentários à Lei nº 8.429/92 e legislação complementar*. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 1995. p. 82. O referido autor destaca que: “Em síntese, imaginemos dada omissão culposa (involuntária, portanto) do agente público causador de pequena lesão ao erário. Para a lei há ato de improbidade administrativa e *tollitur quaestio*. Será crível afirmar-se que tal agente terá seus direitos políticos cassados por força da lei, perderá a função pública, terá seus bens indisponíveis etc., etc., etc. Parece que a conclusão do raciocínio aponta para o absurdo, indício de erro no percurso exegético. Enfim, é preciso abrandar o rigor legal, ou, por outra, amoldá-lo ao espírito constitucional. A preocupação não é meramente acadêmica ou fruto de devaneio intelectual. Ao contrário, o agente que violar o art. 10 sofrerá as consequências do art. 12, II, aliás, enérgicas, como veremos mais adiante. Tal linha de raciocínio, segundo cremos, deve presidir a interpretação de toda a lei, que falha, ora por erros de redação, má técnica, ora pelo conteúdo.” (*Idem*. p. 82).

¹⁴⁵⁴ COPOLA, Gina. *A improbidade administrativa no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 63.

¹⁴⁵⁵ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *op. cit.*, p. 270. Destaca o autor que: “Assim, inconstitucional é a expressão *culposa*, por não se encaixar no conceito de improbidade administrativa a que alude o art. 37, §4º, da CF. A par dessa falha de redação do *caput* do artigo 10 da Lei nº 8.429/92, o Superior Tribunal de Justiça vem modificando o seu anterior posicionamento, para, em suas decisões, não mais admitir que a conduta culposa do agente público para fins de subsunção no presente tipo, com a consequente consumação do ilícito, reconhecendo a necessidade, imprescindível para tal, do dolo e da má-fé, visto que somente a existência do prejuízo ao erário não é suficiente para configurar o tipo em comento”. (*Idem*.)

de dolo do administrador público no que diz respeito à transgressão do dever ético, devendo a culpa recair tão somente sobre o resultado danoso.¹⁴⁵⁶ Já Marino Pazzaglini Filho pontua que a ilegalidade da conduta funcional do administrador consiste em condição decisiva para perfectibilização do ato de improbidade administrativa. O autor destaca que a ação deve ser antijurídica, afronte o Direito por excesso de poder ou desvio de finalidade. Portanto, para Pazzaglini Filho, se o agente lesou o erário agindo em conformidade com a lei, não há porque se falar no cometimento de ato de improbidade administrativa.¹⁴⁵⁷

Este é também o posicionamento adotado por Rosaura Moreira Brito Bastos, que salienta que o ato de improbidade administrativa consiste na conduta ilegal do administrador público que atenta contra o tesouro público. A autora faz a ressalva de que não é qualquer conduta, mas somente a considerada ilegal que pode ser enquadrada como ímproba.¹⁴⁵⁸ Nesse contexto, a autora cita um exemplo de Pazzaglini Filho para ilustrar a questão: determinado agente público condutor de um veículo oficial não cometerá ato ímprobo se, durante o exercício da função, causar involuntariamente um acidente de trânsito, ainda que venha a ser responsabilizado nas esferas cível e penal, pois, no referido exemplo, o condutor agiu meramente com culpa, e não com a intenção de causar danos ao erário. “Mesmo que tais administradores adotem todos os cuidados possíveis, pode acontecer de, por tais fatores externos, seus atos redundarem em dano, em prejuízo. Tal prejuízo porventura causado não advém de conduta ilegal”.¹⁴⁵⁹

Maria Sylvia Zanella Di Pietro destaca que a exigência de dolo ou de culpa no caso do ato ímprobo por lesão ao erário dificilmente foi intencional por parte do legislador. Para a autora, a hipótese mais provável é que tenha havido falha, como tantas outras presentes no mesmo diploma legal, pois não há razão que justifique a diversidade de tratamento existente entre as três espécies de ato de improbidade.¹⁴⁶⁰

Destarte, o agente detentor de comportamento omissivo ou comissivo culposo, ausente a intenção deliberada de fraudar o erário, não pode ser caracterizado como desonesto, porquanto, como exaustivamente demonstrado, a inabilidade não constitui sinônimo de desonestidade. Assim, partindo-se da premissa de que o elemento subjetivo necessário para a perfectibilização do ato de improbidade administrativa

¹⁴⁵⁶ AMARAL, Paulo Osternack. O elemento subjetivo nas ações de improbidade administrativa: uma análise do entendimento do Superior Tribunal de Justiça. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, nº 24, fev. 2009, disponível em <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acesso em 23 jan. 2014.

¹⁴⁵⁷ PAZZAGLINI FILHO, Marino. *op. cit.*, p. 78.

¹⁴⁵⁸ BASTOS, Rosaura Moreira Brito. *Improbidade administrativa: conteúdo jurídico e dimensão constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 98-99. “Ressalte-se que não é qualquer conduta, mas somente aquela considerada ilegal, pois situações há em que o agente pode até causar prejuízo ao erário, mas se esse ato foi realizado em atendimento aos cânones da lei e da moralidade, não há que se falar em improbidade administrativa. O texto legal não diz expressamente, mas a noção correta é essa. A ilegalidade é que transforma o prejuízo em dano”. (*Idem.* p. 99).

¹⁴⁵⁹ BASTOS, Rosaura Moreira Brito. *op. cit.*, p. 99.

¹⁴⁶⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 899-900. Nesse sentido, a autora destaca que: “a responsabilidade objetiva, além de ser admissível somente quando prevista expressamente, destoa do sistema jurídico brasileiro, no que diz respeito à responsabilidade do agente público, a começar pela própria norma contida no artigo 37, §6º, da Constituição, que consagra a responsabilidade objetiva do Estado por danos causados a terceiros, mas preserva a responsabilidade subjetiva do agente causador do dano”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 900).

consiste no dolo, não há como se estender tal princípio para a culpa, pois a distinção entre as situações é completamente inequívoca.¹⁴⁶¹

O legislador não pode, em hipótese alguma, querer desqualificar a figura da boa-fé ou a falta de intenção de lesar o erário do administrador honesto, para considerá-la, em injusta situação de igualdade, com cenários extremos caracterizadores da imoralidade do agente público com manifestas intenções desonestas e imorais reveladas pela vontade de fraudar o patrimônio da Administração Pública.¹⁴⁶² As situações são completamente distintas. Afinal, “sem um mínimo de má-fé, não se pode cogitar da aplicação de penalidades tão severas como a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública”.¹⁴⁶³

Nesse particular, Emerson Gabardo e Iggor Gomes Rocha – ao defenderem a necessária distinção entre as penas de perda da função pública e de suspensão dos direitos políticos – destacam que, quando em conflito, os princípios da presunção de inocência e o princípio da proteção do erário (se é que de fato este último existe como princípio autônomo), não é possível, *a priori*, prever qual será o resultado da interpretação, porquanto a decisão do caso concreto deverá considerar todas as circunstâncias *in concreto*. Os referidos autores defendem que “o que se sabe é que não tem lógica imaginar que uma ideia errônea a respeito do Princípio da Supremacia do interesse público ou do Princípio da Moralidade administrativa possam justificar, de pronto, uma restrição total de um direito fundamental ou de um princípio que lhe dê supedâneo”.¹⁴⁶⁴

A Lei de Improbidade Administrativa deve ser aplicada com restrições, sempre à luz do sistema de garantias constitucionais. A ânsia desmedida em alcançar a todo custo a punição do administrador público com uma sanção exemplar, como forma de resposta à sociedade brasileira frente à insatisfação pelas reiteradas notícias de corrupção na política, tem tornado, segundo Fernando Capez, a Lei de Improbidade num perigoso instrumento de vingança social.¹⁴⁶⁵ O problema que o país enfrenta com a corrupção, frise-se, não se trata de uma crise institucional derivada da Constituição Federal e do sistema democrático vigente. Não é através da excessiva punição e da criação de novos textos legislativos, como a recente criação da Lei nº 12.846/1993, que o problema da corrupção terá um fim.¹⁴⁶⁶ O senso comum insiste em responsabilizar o sistema constitucional vigente pela corrupção desenfreada no cenário nacional. Ora, é

¹⁴⁶¹ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *op. cit.*, p. 269.

¹⁴⁶² *Ibidem*.

¹⁴⁶³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *op. cit.*, p. 900.

¹⁴⁶⁴ GABARDO, Emerson; ROCHA, Iggor Gomes. Improbidade administrativa e suspensão dos direitos políticos no contexto da preponderância pragmática do interesse público. In: SANTANO, Ana Cláudia; SALGADO, Eneida Desiree. (Org.). *Direito Eleitoral: debates ibero-americanos*. Curitiba: Íthala, 2014, p. 257-274.

¹⁴⁶⁵ CAPEZ, Fernando. *Limites constitucionais à Lei de Improbidade*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 297.

¹⁴⁶⁶ Emerson Gabardo e Ana Cláudia Finger destacam esse ambiente de intensa proliferação legislativa no tocante à incidência de penalidades aos servidores públicos em geral: “Seguindo uma orientação geral extraída de pressões internacionais e internas pelo aprimoramento das condutas da Administração Pública, cada vez mais são observadas regras inibitórias à manifestação de vontade livre dos agentes. Aliás, não faltam normas relativas aos deveres éticos dos servidores públicos no Brasil e no mundo ocidental contemporâneo. A última década do século XX e esta primeira década do século XXI retratam um período de intensos debates sobre o assunto e de prolifera produção regulamentar pelas entidades supranacionais, internacionais e nacionais”. (GABARDO, Emerson; FINGER, Ana Cláudia. *Ética na Administração Pública e o Código de Ética do Superior Tribunal Militar*. A & C - *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte. Ano 11, n. 43, jan./mar., 2011, p. 119-133).

justamente a Constituição que assegura garantias constitucionais tão importantes para os cidadãos e possibilita a salvaguarda do Estado de Direito.¹⁴⁶⁷ Como afirma Eneida Desiree Salgado, “a culpa da realidade política brasileira não é da Constituição – é do seu desrespeito”.¹⁴⁶⁸ Assim, a aplicação desmedida da Lei pode possibilitar o afastamento de diversas garantias constitucionais – como os princípios de presunção de inocência, do contraditório e da ampla defesa, resultado de uma importante conquista histórica no período após o fim do regime militar, constituindo um grave retrocesso ao Estado Democrático de Direito.

5 A controvérsia acerca da possibilidade de se aplicar simultaneamente a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992) e a Lei de Crimes de Responsabilidade (1.079/1950) aos agentes políticos

Continuando as reflexões acerca da aplicação desmedida da Lei de Improbidade Administrativa, denota-se que o surgimento deste diploma legal e, conseqüentemente, a possibilidade de se proteger o princípio da probidade a partir da aplicação de sanções de ordem penal, civil e administrativa, fez surgir discussão relativa à aplicação da Lei de Improbidade aos agentes políticos. Isso porque estes agentes públicos já se submetem às disposições da Lei nº 1.079/1950, de modo que a aplicação simultânea de tais leis pode vir a culminar em *bis in idem*.

Antes de se adentrar especificamente na discussão acerca da possibilidade de aplicação simultânea dos referidos diplomas normativos, discricionariamente e condicionada ao tipo de agente público destinado, necessário é, primeiramente, a definição relativa aos agentes públicos *sub exame* e, em momento posterior, analisar os efeitos da aludida aplicação.

De um lado, é possível notar que a Lei de Improbidade Administrativa em seu artigo 2º define agente público como sendo todo aquele que exerce, de diversas formas, mandato, emprego ou função nas entidades da Administração Pública direta, indireta ou fundacional.¹⁴⁶⁹ A despeito da definição contida na própria legislação, necessário é deixar clara a noção ampla decorrente da expressão “agente público”,¹⁴⁷⁰ podendo ser

¹⁴⁶⁷ Lenio Luiz Streck faz uma observação sensata sobre a suposta responsabilidade da Constituição pela corrupção no país: “estranhamente, no entremeio de uma crise, que não é institucional e, sim, política, alguns brasileiros querem fazer crer que a culpa da corrupção é da Constituição. É como se a democracia fizesse mal a um país. Como se fosse culpa da Constituição o afloramento da corrupção em *terra brasiliis*. Antes, pairava a honestidade, veio a Constituição e incentivou os brasileiros a se corromperem!”. (STRECK, Lenio Luiz. *Assembleia Constituinte é golpe!* Disponível em: < <http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/9.pdf>>. Acesso em: 27 fev. 2014).

¹⁴⁶⁸ SALGADO, Eneida Desiree. *Tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro*. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba. p. 224.

¹⁴⁶⁹ O art. 2º da Lei nº 8.429/1992 prevê: Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

¹⁴⁷⁰ Com relação a essa expressão, o doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello a configura como “a mais ampla que se pode conceber para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 248)

definida, conforme ensina José dos Santos Carvalho Filho, como “o conjunto de pessoas que, a qualquer título, exercem uma função pública como prepostos do Estado”.¹⁴⁷¹ Portanto, a Lei de Improbidade Administrativa determina seus destinatários como sendo os agentes públicos em razão de pretender abranger o maior número de sujeitos que constituam qualquer vínculo com o Poder Público e, por consequência, possam praticar atos de improbidade administrativa.

De outro lado, os agentes políticos configuram espécie de agentes públicos detentores de cargos estruturais à organização política do país, de modo a participar do esquema fundamental do Poder ao se constituírem – conforme destaca Celso Antônio Bandeira de Mello – “nos formadores da vontade superior do Estado”.¹⁴⁷² No mesmo sentido, Marçal Justen Filho ressalta a importância de considerar a natureza das funções desempenhadas por essa espécie de agente público e a sua submissão constitucional ao crime de responsabilidade no momento de sua delimitação. Sendo assim, Justen Filho indica ser agente político a “pessoa física investida no exercício das mais elevadas e relevantes competências públicas e subordinado constitucionalmente ao regime de crimes de responsabilidade”.¹⁴⁷³

É possível verificar, portanto, que os agentes políticos, ao se apresentarem como formadores da vontade superior do Estado, já possuíam legislação específica que acautelasse a probidade administrativa de suas condutas a partir da configuração dos crimes de responsabilidade (Lei nº 1.079/1950). Dessa forma, de modo diverso à responsabilização administrativa comum e tendo em vista as características anteriormente indicadas, essa espécie de agente público possui a chamada responsabilização decorrente de infrações político-administrativas, quais sejam: aquelas que “dão ensejo à perda do cargo e à inabilitação para o exercício da função pública pelo prazo de oito anos (CF, artigo 52, §único)”.¹⁴⁷⁴

Essa inicial distinção se faz pertinente em razão da diferenciação promovida pelo sistema constitucional pátrio acerca dos regimes aplicáveis de responsabilização político-administrativa, haja vista que, de um lado, tal regime é previsto para os agentes políticos no artigo 102, inciso I, “c” da Constituição – disciplinado pela Lei nº 1.079/1950 – e, de outro lado, o regime dos agentes públicos está fixado no artigo 37, §4º também da Constituição Federal, sendo regulado pela Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa).

Ora, sendo o agente político espécie de agente público e destinatário de legislação específica (Lei nº 1.079/1950), é possível sua responsabilização também em relação às penalidades existentes na Lei de Improbidade Administrativa?

¹⁴⁷¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 559.

¹⁴⁷² O doutrinador ainda ressalta que: “o vínculo que tais agentes entretêm com o Estado não é de natureza profissional, mas de natureza política. Exercem um múnus público. [...] o que os qualifica para o exercício das correspondentes funções não é a habilitação profissional, a aptidão técnica, mas a qualidade de cidadãos, membros de civitas e, por isso, candidatos possíveis à condução dos destinos da Sociedade.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. p. 252).

¹⁴⁷³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 887.

¹⁴⁷⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 993.

Acerca da esfera de responsabilização, imperioso destacar inicialmente o posicionamento do Supremo Tribunal Federal adotado na Reclamação nº 2138, que determinou que os agentes políticos, por se submeterem a normas específicas sobre sua responsabilidade, não estariam sujeitos ao regime fixado pela Lei de Improbidade Administrativa. Com efeito, a Suprema Corte brasileira considerou que ambas as leis objetivam restringir a esfera político-administrativa dos administradores, não se admitindo, portanto, concorrência entre elas e possível interpretação ab-rogante do disposto no artigo 102, inciso I, “c”, da Constituição.¹⁴⁷⁵

Em relação ao referido acórdão, o juiz federal Oscar Valente Cardoso indica a supressão da autonomia das esferas civil, penal e administrativa pelo STF, vez que os atos ímprobos, praticados por determinados agentes políticos, se confundem com infrações político-administrativas, fato este que os isentariam da prática de atos ímprobos.¹⁴⁷⁶ De toda sorte, é necessário tecer algumas considerações em relação ao argumento contrário ao entendimento adotado pelo STF, decorrentes tanto da doutrina, quanto da interpretação do ordenamento jurídico pátrio.

Da análise do artigo 52, parágrafo único, da Constituição Federal, depreende-se que a condenação dos agentes políticos por crimes de responsabilidade não prejudica as demais sanções judiciais cabíveis.¹⁴⁷⁷ Ou seja, ainda que determinado agente político seja sancionado em sua esfera político-administrativa, estando suscetível à perda do cargo e à inabilitação, ainda sim poderá sofrer sanções em sua esfera cível e criminal.

Do mesmo modo, tem-se que o artigo 12, *caput*, da Lei de Improbidade Administrativa prevê expressamente a independência do seu regime de responsabilização em relação às esferas penal, civil e administrativa. Sendo assim, é possível notar que a Lei de Improbidade possui esfera de responsabilização “*sui generis*”, vez que se dissocia da político-administrativa e das três esferas indicadas no referido artigo.¹⁴⁷⁸

Portanto, da interpretação sistemática dos dispositivos anteriormente mencionados, é possível admitir que as referidas leis se propõem à aplicação de sanções em esferas distintas, seja a político-administrativa nos crimes de responsabilidade, seja a considerada “*sui generis*” referente à Lei da Improbidade, fato esse que vem a corroborar com a aplicação simultânea.

¹⁴⁷⁵ No acórdão da mesma Reclamação consta o seguinte: “distinção entre os regimes de responsabilidade político-administrativa. O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos. A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, §4º (regulado pela Lei nº 8.429/1992) e o regime fiado no art. 102, I, “c”, (disciplinado pela Lei nº 1.079/1950). Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, §4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, “c”, da Constituição”.

¹⁴⁷⁶ O juiz federal comentou que: “assim, excepcionalmente para determinados agentes políticos, o STF excepcionou a autonomia das instâncias (civil, penal e administrativa), ao decidir que atos de improbidade administrativa praticados por eles se confundem com infrações político-administrativas ou crimes políticos, isentando-os da prática de atos ímprobos”. (CARDOSO, Oscar Valente. Responsabilização de agentes políticos por improbidade administrativa. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 46, fev. 2012. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao047/Oscar_Cardoso.html>. Acesso em: 07 fev. 2014).

¹⁴⁷⁷ Art. 52, §único: Nos casos previstos nos incisos I e II, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis.

¹⁴⁷⁸ Art. 12. Independente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato.

Todavia, além da possibilidade de tal conduta culminar em *bis in idem* decorrente da aplicação de regimes punitivos idênticos, previstos em ambas as leis, tal atitude tem o condão de gerar temerária instabilidade política das instituições estruturantes do regime democrático pátrio, bem como a supressão de garantias inerentes ao cargo de agente político.

O *bis in idem* apontado anteriormente decorreria do fato de que as referidas leis preveem como penalidades a perda de cargo e a suspensão dos direitos políticos. Isto é, a aplicação irrestrita possibilitaria a incidência em duplicidade de penalidades ao mesmo agente político, o que deve ser afastado sob pena de se ofender princípios constitucionais em decorrência da responsabilização excessiva. Tal fato é importante para destacar como há legislação em excesso pretendendo combater a corrupção no Brasil. Como dito, o problema nacional não está na falta de leis, denotando-se, inclusive, que há mais de um diploma legal prevendo a mesma sanção para um só agente político.

Essa aplicação desmedida da Lei de Improbidade, decorrente da previsão de regimes punitivos em excesso, pode ser solucionada a partir da incidência do Princípio da Proporcionalidade e do controle de incidência de tais sanções (a partir da Lei de Improbidade) ao agente político que já responda por elas em razão de crime de responsabilidade.

Do ponto de vista das garantias constitucionalmente conferidas aos agentes políticos, criadas com o objetivo de se manter a estabilidade política das instituições, é possível notar que a aplicação irrestrita da Lei de Improbidade Administrativa vem a suprimi-las, tendo em vista a possibilidade de se criar situações indesejáveis e incompatíveis com os valores atinentes ao Estado Democrático de Direito.

Nesta senda, tem-se que as referidas situações indesejáveis decorrem, por exemplo, da possibilidade de afastamento cautelar do Presidente da República, pelo juiz de primeiro grau, sem que seja observado, no entanto, normas constitucionais que condicionam a própria instauração do processo penal no Supremo Tribunal Federal para as mesmas penalidades aplicadas.¹⁴⁷⁹ Ainda com relação ao Presidente da República, a desmedida aplicação da Lei de Improbidade poderia afastá-lo em definitivo a partir do trânsito em julgado da sentença que determinou a cassação de seus direitos políticos e a perda de tal cargo público, hipótese essa temerária à estabilidade política das instituições presentes em nosso regime democrático e incompatível com o modelo republicano.

Desse modo, em razão dos agentes políticos serem dotados de características especiais, derivadas do *múnus publico* por eles desempenhados, entendeu o STF, posteriormente, pela “incompetência dos juízes de primeira instância para processar e julgar ação civil de improbidade administrativa ajuizada contra agente político que possui prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, por crime de responsabilidade, conforme o art. 102, I, “c”, da Constituição”.¹⁴⁸⁰

¹⁴⁷⁹ Tal hipótese foi arguida na oportunidade do julgamento da Reclamação nº 2138, sendo indicada nos seguintes termos: “a aplicação dessa Lei aos agentes políticos pode propiciar situações extremamente curiosas: (a) o afastamento cautelar do Presidente da República (art. 20, parágrafo único, da Lei nº 8.429/92) mediante iniciativa de membro do Ministério Público, a despeito das normas constitucionais que fazem o próprio processo penal a ser movido perante esta Corte depender da autorização por dois terços da Câmara dos Deputados (CF, art. 102, I, “b” c/c art. 86, caput); ou andá, o seu afastamento definitivo, se transitar em julgado a sentença de primeiro grau na ação de improbidade que venha a determinar a cassação de seus direitos políticos e a perda do cargo”. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Reclamação nº 2.138-6 DF – Rel. do acórdão: Min. Gilmar Mendes; 13/06/2007).

¹⁴⁸⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Reclamação nº 2.138-6 DF – Rel. do acórdão: Min. Gilmar Mendes; 13/06/2007.

O Pretório Excelso destacou a necessidade de se aplicar a legislação especial (Lei nº 1.079/50) em detrimento da lei geral destinada aos agentes públicos, a fim de se conservar as garantias constitucionais como o foro por prerrogativa de função de determinados agentes políticos.¹⁴⁸¹

A despeito do posicionamento elaborado pelo STF, relativo à inaplicabilidade simultânea dos diplomas legais em comento, é possível notar que o Tribunal de Justiça do Paraná possui o Enunciado nº 06 que vai de encontro ao posicionamento da Suprema Corte nacional. Isso porque o referido Enunciado, em dissonância ao STF, sujeita os agentes políticos também à Lei de Improbidade Administrativa, o que faz sem qualquer preocupação à possibilidade de se incorrer em *bis in idem*, ou quanto à criação de situações atentatórias às garantias constitucionais inerentes à condição dos agentes políticos.¹⁴⁸²

Desse modo, tem-se que a aplicação simultânea dos diplomas normativos possui como objetivo levar a efeito a completa responsabilização do administrador que praticou conduta ímproba, sendo necessário acautelar-se, porém, quanto à aplicação em duplicidade de regimes punitivos idênticos, bem como à possível instabilidade política que causará às instituições presentes no regime democrático em vigência. Como já foi dito anteriormente, o anseio de punir os agentes públicos deve ser limitado pelas garantias constitucionais aplicáveis aos agentes políticos, de modo que o *bis in idem* deve ser incessantemente combatido a fim de afastar-se a possibilidade de uma aplicação desmedida e injusta da Lei de Improbidade Administrativa, diploma legal de tão elevada relevância na tutela da probidade administrativa no direito brasileiro.

6 Conclusão

A excessiva e desmedida aplicação de sanções relativas à responsabilização dos agentes políticos tem que ser necessariamente observada pelos aplicadores do Direito, tendo em vista a possibilidade de incorrer em graves injustiças e desestabilizar as instituições democráticas que estruturam o Estado Democrático de Direito, especialmente a ordem constitucional ora vigente, consolidada após anos de regime ditatorial no Brasil.

Tanto o Ministério Público, detentor da titularidade da Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa, quanto os juízes que apreciam diariamente os pedidos do *Parquet*, devem atentar-se à aplicação desmedida dos diplomas normativos que preveem sanções e protegem o dever de probidade constitucionalmente previsto.

Consistindo o real objetivo da Lei de Improbidade Administrativa na punição dos administradores deliberadamente desonestos e corruptos, elementar é que o intérprete do Direito realize exercício hermenêutico em relação ao *caput* do artigo 10 do referido diploma legal. Afinal, a presença do dolo é elemento essencial à constatação

¹⁴⁸¹ Em relação ao tema, Estefânia Naiara da Silva Lino comenta que: “dada a especificidade da Lei nº 1.079/1950 e do Decreto-Lei nº 201/67, prevalecem sobre a norma geral (Lei de Improbidade Administrativa), e sendo os agentes políticos investidos de características especiais em razão do munus público que desempenham é, para o STF, necessário uma norma especial”. (LINO, Estefânia Naiara da Silva. A inaplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos ante a Lei nº 1.079/1950 e ao Decreto-Lei nº 201/1967. Disponível em: <<http://periodicos.uems.br/novo/index.php/anaispba/article/viewFile/244/177>>. Acesso em: 12 fev. 2014.

¹⁴⁸² O Enunciado nº 06, do Tribunal de Justiça do Paraná, determina que: “A Lei nº 8.429/1992 se aplica aos agentes políticos, que na verdade são espécie de agentes públicos, estando, assim, sujeitos à mesma disciplina destes quanto à responsabilização por atos de improbidade administrativa”.

do ato de improbidade administrativa, podendo, de modo contrário, culminar na responsabilização de agentes políticos inocentes que agiram involuntariamente e cometeram meras irregularidades administrativas (estas, conforme visto, possuem sua esfera de responsabilização específica).

No mesmo sentido, tem-se que a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa – destinada aos agentes públicos em geral –, em que pese se admita, em um primeiro momento, a sua incidência aos agentes políticos, não deve ter as suas penalidades aplicadas irrestritamente a tais agentes. Com a aplicação irrestrita de ambos os diplomas legais (isto é, a Lei de Improbidade e a Lei de Crimes de Responsabilidade), há a temerária (e inconstitucional) possibilidade de se incorrer em *bis in idem*, condenando-se o agente político às mesmas sanções em duas oportunidades, além de poder desestabilizar as instituições políticas que compõem o Estado Democrático de Direito.

Conforme salientado anteriormente, as garantias constitucionais, consolidadas em um momento pós regime ditatorial no Brasil, devem ser solenemente respeitadas e consolidadas pelos intérpretes do Direito. Ao mesmo tempo em que se procura penalizar a todo custo os políticos desonestos – resultado, na grande maioria das vezes, da forte pressão social frente à insatisfação generalizada pelo atual cenário de corrupção –, corre-se o lamentável risco de condenar gestores públicos inocentes, contribuindo ainda mais para o enfraquecimento do já desmoralizado cenário político nacional. Denota-se que o antídoto, no fim, pode acabar virando um veneno. Isto é, a Lei de Improbidade Administrativa, criada justamente para acabar com o problema da corrupção do bem comum, pode, em verdade, servir de perigoso instrumento de condenação de indivíduos inocentes e, por consequência, permitir a perpetuação de práticas corruptas no meio social. A criação desmedida de excessivas formas de sanções não implica necessariamente na efetiva penalização dos reais agentes corruptos. Destarte, o anseio em punir a qualquer custo, sem observância dos procedimentos legais e, principalmente, constitucionais, deve ser incessantemente combatido pelos juristas pátrios.

Referências

- ALVARENGA, Aristides Junqueira. Reflexões sobre improbidade administrativa no direito brasileiro, *In: Improbidade Administrativa: questões polêmicas e atuais*, São Paulo: Malheiros, 2001.
- AMARAL, Paulo Osternack. O elemento subjetivo nas ações de improbidade administrativa: uma análise do entendimento do Superior Tribunal de Justiça. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, nº 24, fev. 2009, disponível em <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acesso em 23 jan. 2014.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Profissionalização da Função Pública no Brasil. *A & C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, n. 12, ano 3 Abril / Junho 2003 Disponível em: <<http://bid.editoraFórum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=12613>>. Acesso em: 29 ago. 2014.
- BASTOS, Rosaura Moreira Brito. *Improbidade administrativa: conteúdo jurídico e dimensão constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- BERTONCINI, Mateus. *Ato de Improbidade Administrativa: 15 anos da Lei nº 8.429/1992*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- BRITO, Gilson Batista. Corrupção, discurso de resistência e tutela jurídica da probidade administrativa. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, 05 de setembro de 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25226>>. Acesso em: 11 fev. 2014.
- CAPEZ, Fernando. *Limites constitucionais à Lei de Improbidade*. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARDOSO, Oscar Valente. Responsabilização de agentes políticos por improbidade administrativa. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 46, fev. 2012. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao047/Oscar_Cardoso.html>. Acesso em: 07 fev. 2014

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

COPOLA, Gina. *A improbidade administrativa no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Presidencialismo de coalizão e Administração Pública. *A & C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 12, n. 50, p. 35-39, out./dez/ 2012.

DE MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2005.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GABARDO, Emerson; FINGER, Ana Cláudia. Ética na Administração Pública e o Código de Ética do Superior Tribunal Militar. *A & C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte. Ano 11, n. 43, jan./mar., 2011, p. 119-133.

_____; ROCHA, Iggor Gomes. Improbidade administrativa e suspensão dos direitos políticos no contexto da preponderância pragmática do interesse público. In: SANTANO, Ana Cláudia; SALGADO, Eneida Desiree. (Org.). *Direito Eleitoral: debates ibero-americanos*. Curitiba: Íthala, 2014, p. 257-274.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

FIGUEIREDO, Marcelo de. *Proibidade Administrativa: comentários à Lei nº 8.429/92 e legislação complementar*. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 1995.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

LINO, Estefânia Naiara da Silva. *A inaplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos ante a Lei nº 1.079/1950 e ao Decreto-Lei nº 201/1967*. Disponível em: <<http://periodicos.uems.br/novo/index.php/anaispba/article/viewFile/244/177>> Acesso em: 12 fev. 2014.

LOPES, Ana Paula Veiga; VALIATI, Thiago Priess. O republicanismo entre a felicidade e a justiça. In: GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree (Coord.). *Direito, Felicidade e Justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade administrativa: observações sobre a Lei nº 8.429/92*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1998.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MARRARA, Thiago. O conteúdo do Princípio da Moralidade: probidade, razoabilidade e cooperação. In: MARRARA, Thiago (Org). *Princípios de Direito Administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Proibidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da improbidade administrativa: comentários à Lei nº 8.429/92*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto. Do antidoto ao veneno: restrições á aplicação desmedida da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos. In: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). Problemas emergentes da Administração Pública. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. *Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 507-524.

A SUBVENÇÃO AO SEGURO RURAL NO BRASIL: REFLEXÕES SOBRE A EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA DO PSR A PARTIR DA AUDITORIA REALIZADA PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

VITOR JOSÉ BORGHI

1 Introdução

No Estado Democrático de Direito, a função pública é a atividade exercida no cumprimento do dever de alcançar o interesse público, fazendo o uso dos instrumentos conferidos pela ordem jurídica. Com razão, Celso Antônio Bandeira de Mello caracteriza a supremacia do interesse público como o primeiro grande traço do regime jurídico administrativo, mas faz a ressalva de que este princípio não autoriza a administração pública a agir com a mesma autonomia e liberdade com que os particulares exercitam seus direitos.¹⁴⁸³

A Administração Pública direta ou indireta está sujeita à obediência de princípios expressos no art. 37 da Constituição Federal, são eles: princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência. Para garantir a conformidade da atuação administrativa com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, a Constituição Federal institui o controle da Administração Pública como um poder de fiscalização e correção que sobre ela exercem os órgãos dos poderes Judiciário, Legislativo, Executivo e até mesmo os cidadãos.¹⁴⁸⁴

Entre as muitas classificações possíveis para os mecanismos de controle, a divisão feita por Romeu Bacellar Filho parece ser a mais adequada ao classificá-los em internos, ou seja, aqueles controles executados pelos próprios órgãos da administração pública, no exercício do poder hierárquico e nos termos definidos em lei; e externos, que podem ser divididos em outras três subcategorias, quais sejam: o controle político, exercido

¹⁴⁸³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, *passim*.

¹⁴⁸⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 211.

pelo parlamento; o controle jurisdicional, exercido pelo poder judiciário; e o controle social, exercido pelos cidadãos.¹⁴⁸⁵

É justamente no controle político (com suporte nos arts. 70 e 71 da Constituição Federal) que aparecem os Tribunais de Contas. Não têm função jurisdicional, tampouco legislativa (e sim de controle), por isso se diz que, embora sejam órgãos auxiliares do Poder Legislativo, não exercem atividade típica daquele Poder.¹⁴⁸⁶ Rafael Carvalho Rezende Oliveira corrobora dizendo que eles exercem função administrativa de natureza técnica, por isso, a validade de seus atos pode ser apreciada pelo Poder Judiciário.¹⁴⁸⁷ A Constituição Federal (art. 70) atribui ao Tribunal de Contas da União a fiscalização contábil, financeira orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta quanto à legalidade, à legitimidade, à economicidade, à aplicação das subvenções e renúncia de receitas.

Com essas prerrogativas, o Tribunal de Contas da União concluiu, em abril de 2014, auditoria de natureza operacional no Programa de Subvenção ao Prêmio do Seguro Rural (PSR), com vistas à eficácia na mitigação de riscos da atividade agropecuária e à identificação de oportunidades para melhoria no programa. Para o estudo, as principais técnicas utilizadas pelo Tribunal foram entrevistas, revisão documental, estudo orçamentário comparativo, estudo financeiro comparativo, observação direta, cruzamento de dados e circularização. A auditoria foi realizada em sete estados e foi analisado o período entre 2004 e 2012.¹⁴⁸⁸

Ao final da auditoria, o Tribunal de Contas da União chegou à conclusão de que, apesar do mercado do seguro rural ter apresentado evolução, uma série de problemas têm prejudicado o seu desenvolvimento e, por isso, o Programa de Subvenção ao Seguro tem um longo caminho a percorrer para que possa cumprir com as diretrizes traçadas.¹⁴⁸⁹

Sem dúvidas, a análise em comento tem grande valor para a identificação de problemas e a promoção de melhorias no PSR, principalmente no plano financeiro. No entanto, aqui se propõe a análise do PSR, a partir dos dados e das informações coletadas - e até mesmo de conclusões do TCU -, com um enfoque voltado para o direito administrativo e constitucional, notadamente no âmbito do Princípio da Eficiência Administrativa.

2 O Princípio da Eficiência Administrativa e sua relação com as diretrizes do Programa de Subvenção ao Seguro Rural

Embora não seja absurdo imaginar que a eficiência sempre foi exigida nos atos estatais, fato é que, na Constituição brasileira, ela só foi inserida em 1998, momento em

¹⁴⁸⁵ *Ibidem*, p. 211-223.

¹⁴⁸⁶ BLANCHET, Luiz Alberto. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2005, p. 206.

¹⁴⁸⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. 734.

¹⁴⁸⁸ Os procedimentos de auditoria foram aplicados nos estados do Rio Grande do Sul, Paraná, Santa Catarina, Minas Gerais, São Paulo, Bahia e Mato Grosso do Sul. BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 453/2014*. Plenário. Relator: José Múcio Monteiro. Sessão 26/02/2014. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-118899&texto=50524f43253341333938313132303132332a&sort=DTRERELE%20VANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RE%20LACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=1>>. Acesso em: 6.jun.2014.

¹⁴⁸⁹ *Idem*.

que passou a integrar o art. 37 no rol de princípios aos quais a administração pública deve obediência. Num primeiro momento, tem-se a percepção de Celso Antônio Bandeira de Mello para quem o princípio da eficiência “não parece ser mais do que uma faceta de um princípio muito amplo já superiormente tratado, há muito, no Direito italiano: o princípio da “boa administração”¹⁴⁹⁰

No entanto, Diogo Figueiredo Moreira Neto vai além e, com propriedade, explica que com o desenvolvimento dos conceitos pragmáticos da administração pública gerencial, exigir que os atos administrativos produzissem os resultados esperados não mais era o bastante. Assim, passou-se a reivindicar que os tais atos fossem praticados com qualidades intrínsecas de excelência, propiciando o melhor atendimento possível das finalidades previstas em lei.¹⁴⁹¹

Para o autor, o princípio da boa administração toma os conceitos de eficiência e de resultado de gestão como parâmetros gerais, isto é, “a eficiência, como a otimização da aplicação dos meios administrativos disponíveis e o resultado, como a idoneidade do fruto da gestão realizada para atender satisfatoriamente aos interesses públicos visados”¹⁴⁹².

De todas as posições, é a de Emerson Gabardo a mais adequada ao afirmar que a eficiência engloba vários outros conceitos afins, citando a eficácia, a efetividade, a racionalização, a produtividade, a economicidade e a celeridade, além de compreender os princípios do bom andamento e da boa administração.¹⁴⁹³

Para os fins deste artigo, mais relevante que o debate acima é saber como o Princípio da Eficiência pode ser aplicado e analisado face a uma política pública. Para tanto, remete-se, primeiramente, à Constituição Federal que, em seu preâmbulo, frisa o objetivo de assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, o bem-estar e o desenvolvimento, dentre outros direitos. Com isso em mente, soa inegável que a eficiência não pode ser averiguada por um viés exclusivamente financeiro, sendo necessária a sua análise pelo parâmetro da melhoria do padrão de vida da sociedade, considerando os fatores sociais na instituição dos critérios de avaliação do sistema econômico.¹⁴⁹⁴

Também Marçal Justen Filho considera que para a atuação estatal ser norteadada pela eficiência, “não se impõe a subordinação da atividade administrativa à pura e exclusiva racionalidade econômica, norteadada pela busca do lucro e da acumulação de riqueza”. A eficiência administrativa não deve ser encarada como um sinônimo de eficiência econômica. Enquanto numa empresa privada, há autonomia para organizar os fatores de produção para alcançar as finalidades do empresário, sendo lícito privilegiar a busca pelo lucro, na atividade estatal, devem ser perseguidos valores de diversa ordem, e não apenas aqueles de cunho financeiro.¹⁴⁹⁵ Por essa razão é que se afirma que a

¹⁴⁹⁰ MELLO, *op. cit.*, p. 125.

¹⁴⁹¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Direito Administrativo do século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, jul./set. 2011. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=74838>>. Acesso em: 9 set. 2014.

¹⁴⁹² *Idem*.

¹⁴⁹³ GABARDO, Emerson. *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 100.

¹⁴⁹⁴ GABARDO, Emerson. *Eficiência e Legitimidade do Estado: uma análise das estruturas simbólicas do direito político*. Barueri: Manole, 2003, p. 122.

¹⁴⁹⁵ JUSTEN, Marçal Filho. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 222

administração deve encontrar meios próprios para a solução de uma problemática que é inerente à administração pública e que não serão resolvidos a partir de mecanismos construídos para dirimir problema de ineficiência do setor privado.¹⁴⁹⁶

Em verdade, o princípio da eficiência se apresenta em dois aspectos: o primeiro é considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera sempre o melhor desempenho possível no exercício de sua função para lograr os melhores resultados, e o segundo aspecto relaciona-se ao modo de organizar, estruturar e disciplinar a administração pública, também a partir do melhor desempenho para aferição dos melhores resultados na prestação do serviço público.¹⁴⁹⁷

Portanto, para analisar a eficiência da administração pública através de uma política, deve ser levado em conta a sua estrutura e organização, assim como o desempenho e os resultados obtidos, os quais devem estar de acordo com os fins estatais de promoção e garantia de direitos fundamentais, desenvolvimento e elevação do padrão de vida da sociedade. Ainda, torna-se necessário averiguar as diretrizes elaboradas para a política pública em análise, para que a eficiência seja verificada no alcance tanto dos valores constitucionais, quanto das metas estabelecidas especificamente para aquela política, sendo que ambos, obrigatoriamente, devem convergir.

Para facilitar a compreensão e, portanto, a análise que posteriormente será empregada, cita-se trecho de Emerson Gabardo e Daniel Hachem, onde ensinam que a ineficiência estatal pode ser por comportamento omissivo ou comissivo. Segundo os autores, a ineficiência por omissão é verificada quando é descumprido um dever de agir estatuído para a Administração Pública. Já a ineficiência por atitude comissiva será identificada quando o Estado for: “(i) moroso, por desprezeitar o dever de celeridade; (ii) exacerbadamente formalista, por obstaculizar uma atuação ágil e fluida, marcada pela simplicidade e pela objetividade; (iii) perdulário, por ignorar o dever de otimização dos recursos para o alcance dos melhores resultados; (iv) improdutivo, por violar o dever de realização dos objetivos previstos pela lei para o atingimento efetivo do interesse público”.¹⁴⁹⁸

Notadamente, no caso da agricultura nacional, é a Constituição Federal, em seu artigo 187, quem assevera que a Política Agrícola será planejada e executada na forma da lei, com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como dos setores de comercialização, de armazenamento e de transportes, levando em conta, entre outros instrumentos, o seguro agrícola.

Nesse particular, José Cretella Jr. atribui à União a competência para executar planos que possibilitem o cumprimento da função social da propriedade rural. Ainda, lembra o autor que, como preleciona o art. 50 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a Lei de Política Agrícola, que deveria ser promulgada no prazo de um ano a partir da promulgação da Constituição, é quem deve dispor sobre os objetivos e instrumentos de política agrícola, propriedades, planejamento de safras, comercialização, abastecimento interno, mercado externo e instituição de crédito fundiário.¹⁴⁹⁹

¹⁴⁹⁶ GABARDO, Emerson. *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*. op. cit., loc. cit.

¹⁴⁹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 83.

¹⁴⁹⁸ GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado, *faute du service* e o princípio constitucional da eficiência administrativa. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coord.). *Responsabilidade Civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 283.

¹⁴⁹⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, v.8, 1993, p.4265.

Embora o prazo não tenha sido cumprido à risca, fato é que a Lei de Política Agrícola (Lei nº 8.171/1991) foi promulgada e, com o poder que lhe é garantido pela Constituição Federal, fixa as diretrizes da atuação governamental no setor, estabelecendo que o Estado deve exercer a função de planejamento da atividade agrícola, destinado a promover, a regular, a fiscalizar, a controlar, a avaliar atividades e a suprir necessidades, visando ao incremento da produção e da produtividade, a regularidade do abastecimento interno e a redução das disparidades regionais. Ainda, deve atuar no sentido de eliminar as distorções que afetam o desempenho das funções econômica e social da agricultura e melhorar a renda e a qualidade de vida no meio rural, dentre outros objetivos. Conforme enaltece a Secretaria de Política Agrícola (órgão subsidiário ao Ministério da Agricultura), “pensar em política agrícola requer o entendimento de que o desenvolvimento da agropecuária pode conduzir à integração de vários setores e reduzir desigualdades, contribuindo para a prosperidade do país”.¹⁵⁰⁰

Justamente com o fito de efetivar os objetivos constitucionais e da Lei de Política Agrícola, o governo federal tem incentivado o mercado de seguro rural, por meio de medidas pontuais que visam a aumentar a demanda pelo seguro e a estabelecer condições adequadas para as seguradoras ofertarem seu produto. Especialmente com o objetivo de aumentar a demanda através da redução do prêmio pago por produtores rurais, foi criado pela Lei nº 10.823, em 2003, e regulamentado pelo Decreto nº 5.121, em 2004, o Programa de Subvenção ao Prêmio do Seguro Rural (PSR).¹⁵⁰¹

As diretrizes do Programa de Subvenção ao Seguro Rural são: (a) promover a universalização do acesso ao seguro rural; (b) assegurar o papel do seguro rural como instrumento para a estabilidade da renda agropecuária; e (c) induzir o uso de tecnologias adequadas e modernizar a gestão do empreendimento agropecuário.

Fundamental destacar que a subvenção ao seguro rural se justifica em função de uma falha de mercado presente neste ramo da economia. Para Vitor Ozaki, isso ocorre porque além dos problemas tradicionais enfrentados no mercado securitário (risco moral e seleção adversa) serem mais severos no setor agrícola, no seguro rural, o risco entre unidades seguradas é correlacionado, causando o chamado “risco sistêmico”. Esse risco tem consequências desastrosas para as seguradoras, pois quando ocorre o sinistro, ela tem que indenizar milhares de segurados de uma só vez. Por essa razão, lembra o autor que a participação do Estado nesse mercado, na forma de subsídios diretos ou indiretos, é fundamental para o seu pleno funcionamento, pois, historicamente, o seguro rural não tem apresentado bons resultados quando é operado em bases puramente privadas.¹⁵⁰²

Diante das condições apresentadas, parece lógico afirmar que o Programa de Subvenção ao Seguro Rural, ao menos no plano abstrato, atende ao Princípio da Eficiência Administrativa. Por um lado, a Constituição Federal, aliada à Lei de Política Agrícola, estabelece que o Estado deve planejar e executar planos para o desenvolvimento da agricultura, mencionando, especificamente, o seguro rural. Dessa forma, ante a falha de

¹⁵⁰⁰ BRASIL. Secretaria de Política Agrícola. *Políticas Públicas para a agropecuária brasileira*. Brasília: MAPA/ACS, 2009, p. 47.

¹⁵⁰¹ OZAKI, Vitor Augusto. Uma digressão sobre o Programa de Subvenção ao Prêmio de Seguro Rural e as implicações para o futuro do mercado do seguro rural. *Revista de Economia e Sociologia Rural* (impresso), v. 48, 2010, p. 512.

¹⁵⁰² OZAKI, Vitor Augusto. *Seguro agrícola: criando um ambiente favorável para a atuação das seguradoras*. Economia e Desenvolvimento (Recife), v. 22, p. 95-96, 2006, p. 96.

mercado apresentada, não há outra conclusão que não seja a necessidade de subvenção para a efetivação dos objetivos constitucionais. Por outro lado, os mesmos diplomas normativos frisam o dever de zelar pela proteção aos direitos sociais e individuais, pelo bem-estar, pelo desenvolvimento e, notadamente para a atividade agrícola, os deveres de promoção, redução das disparidades regionais e de melhoria da renda e da qualidade de vida no meio rural, características visíveis nas diretrizes do Programa de Subvenção ao Seguro Rural.

3 A auditoria realizada pelo TCU no Programa de Subvenção ao Seguro Rural

O Tribunal de Contas da União realizou auditoria de natureza operacional no Programa de Subvenção ao prêmio do Seguro Rural, com o objetivo de avaliar a eficácia do programa na mitigação de riscos da atividade agropecuária. Para a análise, o TCU revisou os instrumentos e as instâncias de planejamento do programa, as rotinas de execução e os controles internos, além de mecanismos de avaliação da qualidade e eficácia do serviço prestado pelas seguradoras.¹⁵⁰³

Foram utilizados como critérios a Lei nº 10.823/2003, que criou o PSR, e o Decreto nº 5.121/2004, que regulamentou o seu funcionamento. O relatório apontou falhas de planejamento, operacionalização e gestão do PSR, todas elas, resumidamente, descritas na sequência.

- Descumprimento de planos e de metas:

Para a expansão e a consolidação do Programa, é necessário que o planejamento seja feito em planos de curto, médio e longo prazo. No entanto, o governo federal não possui planos de longo prazo, e os planos de médio prazo não vêm sendo cumpridos.¹⁵⁰⁴ De acordo com o TCU, esse descumprimento resulta do fato de que recursos previstos para o PSR concorrem, no âmbito do Ministério da Agricultura, com os recursos não contingenciáveis, como manutenção geral do Mapa e da folha de pagamento. Assim, quando há ordem de contingenciamento pelo Governo Federal, o PSR é desfavorecido.

Os descumprimentos pelo governo federal têm causado insegurança nos agentes operadores do PSR, que, por não terem base para projetar seus planos de negócio relativos ao seguro rural, são desestimulados a aumentar o investimento ou até mesmo a entrar nesse mercado. Por sua vez, o produtor rural acaba também tendo dificuldades de contratação dos produtos de seguro, dispondo de poucas opções de seguradoras. Isso pode ser vislumbrado notadamente fora do eixo Centro-Sul do país.

- Ausência de critérios técnicos para a elaboração de orçamentos:

O estudo apurou que o Ministério da Agricultura e o Comitê Gestor do Seguro Rural não têm se utilizado de critérios técnicos baseados em metodologia atuarial

¹⁵⁰³ Este capítulo terá como referência única o Acórdão 453/2014 do Tribunal de Contas da União, de forma que todas as informações aqui constantes (incluídas as dispostas em nota de rodapé) tem este acórdão como referência. BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 453/2014*. Plenário. Relator: José Múcio Monteiro. Sessão 26/02/2014. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-118899&texto=50524f43253341333938313132303132332a&sort=DTRLEVANCIA&ordem=DESC&ases=ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAOLEGADO;&highlight=&posicaoDocu mento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=1>>. Acesso em: 6.jun.2014.

¹⁵⁰⁴ Entre 2004 e 2012, apenas 59% dos valores prometidos foram empenhados e apenas 31,24% foram efetivamente pagos. BRASIL. Tribunal de Contas da União. *op. cit.*

válida, estatísticas ou estudos técnicos na definição dos valores que constam nos Planos Trienais e nas peças orçamentárias. O TCU atribui essa política à inexistência de uma rotina de trabalho formalizada que defina os parâmetros para a apuração das necessidades orçamentárias, com os critérios para a definição de prioridades, assim como cálculos atuariais para que sejam definidas as necessidades de subvenção para cada empreendimento, dentre outros fatores necessários à apuração da necessidade financeira do PSR para os próximos exercícios.

Via de consequência, não há adequação, ou sequer coerência entre os recursos direcionados para a Política de Subvenção ao Seguro Rural e o valor necessário para o cumprimento dos objetivos e metas da política.

- Ausência de prazo mínimo para vigência de novas regras:

A análise verificou que os normativos editados pelo Mapa e pelo CGSR começam sua vigência no decorrer da execução dos Planos Agrícolas e Pecuários – PAPs. O motivo é a inexistência de norma que defina um prazo mínimo entre a edição e o início da vigência das regras modificativas do PSR, com antecedência compatível à sua complexidade, levando em consideração as datas de plantio dos empreendimentos subvencionados e os prazos necessários para a adaptação do mercado.

Por consequência, não há prazo razoável para a adaptação dos instrumentos de gestão e o treinamento de pessoal, tanto pelos Entes Federativos que possuem Programas locais de subvenção ao seguro, quanto pelos agentes operadores do Seguro Rural. Além de dificultar a operacionalização do seguro rural, a mudança de regras sem tempo para adaptação também atrapalha o planejamento do produtor rural, que passa a dispor de um curto prazo para conhecimento das alterações e avaliação da melhor opção para a contratação do seguro.

- A concorrência com o Proagro:

O relatório em questão apontou que, tanto os gestores do PSR, quanto os gestores do Proagro não consideram a existência de sobreposição e/ou concorrência das Políticas no planejamento e na gestão de suas atividades nos respectivos Programas. Assim, há uma concorrência natural entre elas, que resulta na sobreposição de esforços, custos e oportunidades na gestão dos dois instrumentos.

As principais causas apontadas referem-se à ausência de planejamento conjunto entre o Banco Central e o Ministério da Agricultura (responsáveis pelo Proagro e pelo PSR, respectivamente), especialmente acerca da articulação dessas duas políticas e da definição clara de seus respectivos beneficiários.

- Desconsideração de planos de subvenção estaduais e municipais:

O planejamento do PSR ignora os planos de subvenção dos Entes Federativos (estaduais e municipais). O sistema Sisser, adotado pelo Ministério da Agricultura, não possui registros desses programas locais, impossibilitando a utilização desses dados no planejamento de gerência do Programa nacional. Outrossim, os normativos do PSR não estabelecem instâncias de participação com os demais entes e não há um compartilhamento das bases de dados que possibilite o planejamento conjunto dessa política.

De acordo com o estudo, a deficiência na convivência entre os programas dificulta a operacionalização de programas locais, além do que, o acúmulo de subvenções para um mesmo produto pode resultar em distorções mercadológicas e em um descompromisso do produtor com o sucesso do empreendimento em razão da pequena participação no custo total do seguro.

- Inexistência de fundo garantidor eficaz:

O Tribunal de Contas da União afirma que não há, no Brasil, um fundo garantidor capaz de assegurar a manutenção das atividades das seguradoras e resseguradoras, fazendo frente aos riscos mais elevados ou às catástrofes nos produtos de seguro rural.¹⁵⁰⁵ Essa incapacidade pode ser atribuída: a) à limitação orçamentária e operacional do FESR, que não garante a tempestividade dos pagamentos de cobertura às seguradoras; b) à inexistência de estudo que sirva de base à redefinição das faixas de cobertura que complementem as faixas assumidas pelas seguradoras e resseguradoras, além da forma de contribuição das empresas participantes que corrija as distorções apresentadas pelo Fundo; e c) à paralisação das atividades destinadas a efetivar a regulamentação do Fundo de Catástrofe.

As consequências apontadas pelo estudo são: a diminuição da competitividade do setor segurador e ressegurador, além de danos à imagem do governo federal pela inadimplência do FESR junto às empresas participantes e possíveis reflexos de alta de taxas de prêmios, em virtude das empresas terem que operar com maiores margens de risco.

- Utilização inadequada das Superintendências Federais do MAPA (SFAs):

As Superintendências Federais de Agricultura do Mapa (SFAs) não cumprem suas competências quanto à operacionalização, à orientação, ao acompanhamento, ao controle à fiscalização e à auditoria do PSR em nível regional. Esse fato decorre da ausência de uma rotina de trabalho aprovada pelo Mapa que detalhe as competências e as atribuições das SFAs nos Estados.

A ausência de atuação do Mapa na gestão do PSR em nível local tem dificultado a divulgação, o monitoramento e o controle da Política, principalmente nos mercados em que ele é insipiente.

- Descumprimento de contratos firmados com seguradoras:

O fluxo de recursos para o pagamento de subvenção para os operadores do Seguro Rural tem sido irregular, com constantes contingenciamentos, além de pagamentos efetuados em data que desprezita os prazos estabelecidos em contrato e descasados com os períodos de plantio dos principais tipos de empreendimentos agropecuários do País. Além desses atrasos, nota-se que não há correspondência entre o repasse dos recursos às seguradoras e o início dos Planos Agrícolas e Pecuários – PAP.¹⁵⁰⁶ Isso ocorre em função de os recursos disponíveis para o PSR concorrerem com outras atividades dentro do orçamento ministerial, conforme já abordado acima.

Essa situação resulta: na limitação e em atrasos na contratação do Seguro Rural, prejudicando a gestão de riscos dos produtores; na limitação das contratações devido ao valor ser liberado muitas vezes após o período de plantio de muitos empreendimentos agrícolas; na imposição de custos adicionais às empresas operadoras do seguro pelo carregamento dos valores devidos pelo Governo Federal pelo tempo

¹⁵⁰⁵ O Fundo de Estabilidade do Seguro Rural – FESR, pela sua limitação orçamentária e operacional, não vem cumprindo adequadamente sua finalidade que é a de manter o equilíbrio das operações de Seguro Rural e atender à cobertura suplementar dos riscos de catástrofe, inerentes à atividade rural. Para substituí-lo, em 2010, foi criado o Fundo de Catástrofe pela Lei Complementar nº 137/2010. No entanto, após quase três anos, a sua regulamentação, que vinha sendo discutida no âmbito do Ministério da Fazenda, pouco avançou. BRASIL. Tribunal de Contas da União. *op. cit.*

¹⁵⁰⁶ Em 2007, os pagamentos se concentraram em novembro, já em 2008, o maior volume foi dividido em pagamentos nos meses de setembro, outubro e dezembro. Em 2009, os pagamentos se concentraram no mês de setembro, em 2010, no mês de março, em 2011, em junho e, em 2012, novamente em março, sendo, na maioria das ocasiões, referente a contratações do exercício anterior. BRASIL. Tribunal de Contas da União. *op. cit.*

do atraso, com repasse dos custos aos produtores; no aumento da desconfiança do mercado de seguros agrícolas na condução da política; na redução das projeções de expansão de investimentos das seguradoras e resseguradoras para a expansão de suas carteiras e criação de novos produtos; além de possíveis prejuízos para a União com ações judiciais devido ao descumprimento dos contratos firmados com as empresas seguradoras participantes do Programa e dificuldades para promover a universalização, a massificação e a consolidação do PSR.

- Falta de parâmetros para regulação dos valores praticados pelo mercado:

O Ministério da Agricultura não acompanha, tampouco realiza avaliações periódicas a partir de parâmetros mínimos e de metodologia baseada em cálculos atuariais acerca do estabelecimento das taxas de prêmio pelas seguradoras. Dessa forma, não há como saber se as taxas cobradas estão em patamares aceitáveis. De acordo com o TCU, isso decorre da inexistência de parâmetros eficientes para a regulação das taxas pelo Mapa, assim como pela ausência de rotinas de trabalho que prezem o acompanhamento e a avaliação das taxas de prêmio.

Como consequência, o aumento da subvenção não significa necessariamente o aumento do número de apólices ou de produtores beneficiados, não cumprindo com a meta de universalizar o acesso ao seguro rural, uma vez que não há condições de aferir a regularidade dos preços praticados pelo mercado, bem como de saber se o orçamento disponível é capaz de atender ao número de apólices definido no planejamento.

- Distribuição por cotas limita a concorrência:

Atualmente, a distribuição de recursos da subvenção ao prêmio do Seguro Rural é realizada por cotas às seguradoras, o que limita o crescimento das carteiras de seguro e inibe a entrada de novas seguradoras. Isso decorre da ausência de normas e de rotinas de trabalho que permitam uma distribuição de recursos sem limitações por cotas entre concorrentes.

Esse modelo de distribuição resulta na limitação das opções pelo produtor rural, que acaba sendo obrigado a contratar a seguradora que detém a subvenção e não aquela com produto mais competitivo. A situação se agrava em regiões onde a demanda é maior que a oferta, ocasião em que essa distorção pode gerar uma alta artificial de preços.

- Seguradoras desconsideram os perfis de risco e a tecnologia empregada no empreendimento:

De acordo com o TCU, grande parte dos produtos de seguro desconsideram os perfis de risco, o nível de tecnologia adotada para cada empreendimento e o histórico de relacionamento do produtor com as seguradoras na contratação do Seguro Rural. Acredita-se que essa situação decorra da inexistência de mecanismos eficientes para a indução de tecnologia que se vincule à contratação do seguro, assim como pela falta de atuação do Mapa junto às seguradoras para que essas características comecem a ser observadas, além de não existirem estímulos para que as seguradoras assim o façam.

Esse modo de operação pelas seguradoras acaba por subutilizar o potencial difusor de tecnologia do PSR, por não atender aos interesses dos produtores tecnificados, além de majorar o prêmio do seguro por desconsiderar o menor risco oferecido por esse modelo de produção.

- Deficiências nas rotinas e na estrutura de controles internos:

O Tribunal de Contas apurou que o Mapa não possui estrutura e/ou sistemática de controle interno para revisão das operações realizadas pelos responsáveis na gestão, na operacionalização e na execução do PSR, como estabelecido por regras internacionais

de controle interno. Não há, na estrutura organizacional do Ministério, uma unidade de controle interno para o desenvolvimento das ações de controle, assim como uma rotina de trabalho destinada à revisão e à avaliação das decisões. Em função disso, o Mapa tem se sujeitado à ocorrência de erros e de inconsistências na condução da política de subvenção, o que gera problemas na normalização de dados eletrônicos e no armazenamento de dados no sistema Sisser, resultando em dificuldades para a melhoria do Programa de Subvenção.

- Ausência de bases de dados de risco agrícola oficiais para o mercado:

Conforme visto acima, o controle e o armazenamento de dados traz grande dificuldade para o Programa. Além de prejudicar a estrutura interna, a falta de uma base de dados (e de sua disponibilização) restringe o acesso por diversos atores e deixa de subsidiar estudos. Novamente, falta uma rotina de trabalho que garanta o desenvolvimento, a manutenção e a disponibilização de um sistema público de informações oficiais que apresentem os dados necessários para a gestão dos riscos.

De acordo com o TCU, “devido a esse problema, o mercado segurador tem dificuldades de desenvolvimento de novos produtos, de precificação e de abrangência de regiões atendidas com o Seguro Rural por parte das empresas operadoras, devido à falta de tratamento e à organização desses dados estatísticos”. Além disso, o Ministério tem dificuldades para avaliar os preços e as condições dos produtos de seguros oferecidos pelo mercado.

- Ausência de avaliação de qualidade dos seguros ofertados:

Na análise, verificou-se que os gestores do Seguro Rural não possuem informações suficientes para avaliar o nível de satisfação dos usuários com relação à execução da política. Também foi apurado que não são estabelecidos padrões mínimos de qualidade dos serviços das seguradoras credenciadas e de seus produtos. Isso porque, o Mapa não possui rotinas de trabalho que contemplem a avaliação periódica de satisfação.

Dessa forma, não há estímulos para as seguradoras oferecerem melhores serviços, o que pode gerar a insatisfação dos produtores rurais com os seguros ofertados e dificuldades na identificação e no tratamento de problemas existentes no programa.

- Ausência de indicadores de desempenho:

A análise realizada pelo Tribunal de Contas revelou que a gestão do PSR não possui indicadores de desempenho suficientes e eficazes para uma avaliação do cumprimento de suas diretrizes.¹⁵⁰⁷ Por essa razão, não há informações suficientes para avaliar qual o real cumprimento das metas traçadas, não sendo possível averiguar, com detalhes, quais os benefícios trazidos pelo PSR.

4 Conclusão

Com efeito, nestes quase dez anos de existência, o Programa de Subvenção ao Seguro Rural proporcionou o acesso de muitos produtores ao seguro rural e desempenhou importante papel para a mitigação de riscos no setor agropecuário. Contudo, a análise ora proposta parte da premissa de que a administração pública age em acordo

¹⁵⁰⁷ O único indicador constante dos relatórios de gestão de 2008 a 2011 e dos sistemas Siop e Sigplan é o Percentual de Área Segurada (fórmula: relação percentual entre a área plantada segurada e a área plantada total), sendo omitida a avaliação do indicador de desempenho, taxa média de adesão ao Seguro Rural, constante do PPA 2008/2011. BRASIL. Tribunal de Contas da União. *op. cit.*

com o Princípio da Eficiência, quando apresenta o melhor desempenho possível para a aferição dos melhores resultados na prestação do serviço público. Evidentemente, não foi esse o cenário descrito pelo Tribunal de Contas da União.

Entre o comportamento comissivo e omissivo, são cinco as características que identificam a ineficiência da Administração Pública. A análise de cada uma delas a partir do relatório do TCU permite a conclusão pelo comportamento ineficiente da administração pública nesta política.

A primeira hipótese de comportamento analisada foi a omissão. Nesse quesito, não se verificou ineficiência por parte da Administração Pública. Como visto, a ineficiência por omissão é identificada quando é descumprido um dever de agir estatuído para a Administração Pública. Nessa perspectiva, é preciso reconhecer que a Administração Pública não se eximiu do dever imposto pela Lei de Política Agrícola e pela Constituição de promover o desenvolvimento da agropecuária, suprindo as necessidades do setor, eliminando as distorções que afetam o desempenho das funções econômica e social da agricultura e melhorando a renda do produtor. A Administração reconheceu o seu dever, não se omitiu e instituiu a política sob análise.

No entanto, no segundo quesito analisado, a Administração Pública revelou-se ineficiente. O comportamento moroso é identificado quando a atividade administrativa despreza o dever de celeridade. Isso pode ser visto principalmente na demora para implementação do Fundo de Catástrofe e no desprezo aos prazos estabelecidos para pagamento da subvenção às seguradoras.

Outro fator que caracteriza a ineficiência do PSR é o comportamento exacerbadamente formalista na operacionalização da política. Entre outras situações, destacam-se nesse quesito a concorrência do PSR com o Proagro - dois programas governamentais geridos por órgãos diferentes (Mapa e Bacen, respectivamente) - e a desconsideração de planos locais de subvenção já que os normativos do PSR não estabelecem instâncias de participação com os demais entes.

Além disso, a administração do PSR é perdulária por descumprir o seu dever de otimização dos recursos para alcançar os melhores resultados. A ausência de critérios técnicos para a elaboração de orçamentos e para a regulação dos valores praticados pelo mercado, a concorrência com o Proagro, a desconsideração de planos de subvenção estaduais, a utilização inadequada de SFAs e a ausência de avaliação dos produtos de seguro e do desempenho do PSR são exemplos de situações encontradas na auditoria que potencializam o desperdício dos recursos públicos.

Por fim, o último quesito analisado diz respeito à produtividade da política e, mais uma vez, o PSR não passou no "teste de eficiência administrativa". Viu-se que é ineficiente por improdutividade aquele que viola o dever de realização dos objetivos previstos em lei para o atingimento efetivo do interesse público. Nesse aspecto, resumidamente, é possível dizer que as falhas de planejamento, de execução e de gestão do Programa de Subvenção ao Seguro Rural resultaram em: (i) insegurança e distorções mercadológicas; (ii) redução de investimento pelas seguradoras e resseguradoras; (iii) diminuição da competitividade; (iv) poucas opções de seguro e tempo inadequado para o planejamento do produtor rural; (v) incoerência na disponibilização de recursos pelo Governo Federal; (vi) desperdício de recursos públicos; (vii) dificuldades na divulgação, no monitoramento e no controle da política; (viii) desestímulo ao uso de tecnologia pelo produtor; (ix) desestímulo à melhora do serviço prestado pela seguradora; e (x) dificuldade no autocontrole e na melhoria do Programa de Subvenção.

As consequências das falhas identificadas na Administração Pública inviabilizaram o atingimento das diretrizes do PSR de universalização do acesso ao seguro rural, promoção de estabilidade para a renda agropecuária e indução de tecnologias adequadas, impedindo, assim, o alcance dos objetivos Constitucionais, razão pela qual, segundo o relatório do Tribunal de Contas da União, a política foi ineficiente no período entre 2004 e 2012.

Referências

- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BLANCHET, Luiz Alberto. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2005.
- BRASIL. Secretaria de Política Agrícola. *Políticas Públicas para a agropecuária brasileira*. Brasília: MAPA/ACS, 2009.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 453/2014*. Plenário. Relator: José Múcio Monteiro. Sessão 26/02/2014. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-118899&texto=50524f43253341333938313132303132332a&sort=DTRELE_VANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RE_LACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=1>. Acesso em: 6.jun.2014.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, v. 8, 1993.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- GABARDO, Emerson. *Eficiência e Legitimidade do Estado: uma análise das estruturas simbólicas do direito político*. Barueri: Manole, 2003.
- GABARDO, Emerson. *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.
- GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado, *faute du service* e o princípio constitucional da eficiência administrativa. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coord.). *Responsabilidade Civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- JUSTEN, Marçal Filho. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O direito administrativo do século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, jul./set. 2011. Disponível em: <<http://bid.editoraFórum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=74838>>. Acesso em: 9 set. 2014.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- OZAKI, Vitor Augusto. *Seguro agrícola: criando um ambiente favorável para a atuação das seguradoras*. Economia e Desenvolvimento (Recife), v.22, p. 95-96, 2006.
- OZAKI, Vitor Augusto. Uma digressão sobre o Programa de Subvenção ao Prêmio de Seguro Rural e as implicações para o futuro do mercado do seguro rural. *Revista de Economia e Sociologia Rural* (impresso), v. 48, 2010.

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

BORGHI, Vitor José. A subvenção ao seguro rural no Brasil: a eficiência administrativa do PSR a partir da auditoria realizada pelo Tribunal de Contas da União. In: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). Problemas emergentes da Administração Pública. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. *Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 525-536.

A INSTRUMENTALIZAÇÃO DA ATIVIDADE DE FOMENTO PELAS POLÍTICAS PÚBLICAS E A GARANTIA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

VIVIANÉLI ARAÚJO PRESTES

1 Introdução

O presente artigo pretende demonstrar como a inclusão de medidas de fomento no interior de uma política pública pode consistir numa forma de controle da atividade estatal de incentivo à atividade privada.

Considerando que a atividade administrativa de fomento é, por sua própria natureza, geradora de desigualdade, impõe-se construir mecanismos de controle para que o incentivo concedido aos particulares não sirva como forma de violação ao Princípio da Isonomia.

Nesse sentido, entende-se que o atrelamento das medidas de fomento a políticas públicas em áreas correlatas pode servir como meio de blindagem contra a concessão de benefícios que visem apenas à satisfação de interesses particulares, vez que a formulação e a implementação das políticas públicas obedecem a esquemas e a processos mais rigorosos do que a mera formulação e implementação de medidas de fomento.

Para que se possa compreender com clareza de que modo o fomento e as políticas públicas podem se atrelar, primeiro se situará o leitor no estudo jurídico da atividade de fomento, ainda bastante preliminar em nosso país, para, após, lançarem-se as bases teóricas das políticas públicas. Com o aprofundamento do estudo das etapas da construção de uma política pública, recolher-se-ão os elementos que tornam altamente recomendável que as medidas de fomento estejam mais ligadas a mecanismos mais estáveis de gestão pública.

2 A atividade de fomento e o risco de violação ao princípio da igualdade

A atividade administrativa de fomento, apesar de estar sendo cada vez mais utilizada pelo Estado brasileiro na prática, ainda não despertou interesse semelhante na doutrina do direito administrativo.

Assim, por exemplo, é cada vez mais comum se ter notícias do grande volume de dinheiro despendido em medidas de incentivo sem que, todavia, o direito administrativo se ocupe de maneira aprofundada desse tipo de atividade administrativa. Notícias dão conta de que o Banco Nacional do Desenvolvimento (BNDES) desembolsou, no primeiro quadrimestre de 2014, 58,8 bilhões de reais em empréstimos em condições especiais para o desenvolvimento de projetos,¹⁵⁰⁸ sendo que esse tipo de atividade da Administração Pública continua sendo deixada completamente ao largo dos estudos manualísticos da disciplina jus-administrativa, como se vê em duas das mais consultadas obras nacionais: o *Curso de Direito Administrativo*, do ilustre professor paulista Celso Antônio Bandeira de Mello,¹⁵⁰⁹ e o aprofundado livro *Direito Administrativo*, da professora paulista Maria Sylvia Zanella di Pietro.¹⁵¹⁰

A expansão da atividade de fomento ganhou força com a implementação das reformas administrativas ocorridas no Brasil a partir da Emenda Constitucional nº 19/1998. Com a referida reforma, que preconizava a diminuição do tamanho do Estado, foi invocado no país o Princípio da Subsidiariedade da atuação estatal, que, conforme Juan Carlos Cassagne, é composto por duas facetas: em seu aspecto negativo, o princípio serve como limite à atuação estatal em atividades que são, em virtude da sua natureza, mais bem geridas pelos particulares; em seu aspecto positivo, por outro lado, o Princípio da Subsidiariedade obriga o Estado a intervir naqueles âmbitos em que a atuação da iniciativa privada é insuficiente.¹⁵¹¹

O princípio da subsidiariedade já estava implícito no texto constitucional, contudo, na sua redação original. Com efeito, o *caput* do artigo 173 dispõe que a exploração direta da atividade econômica pelo Estado, ressalvados os casos previstos na própria Constituição, só é cabível nos casos em que se fizer necessária a imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo e, nesse caso, desde que haja definição em lei.

No dispositivo seguinte, a Constituição Federal, também desde a sua redação original, dispõe que o Estado deve exercer, na forma da lei, a função de fiscalização, *incentivo* e planejamento.

Diante disso, entende-se que o texto constitucional consagra que a intervenção do Estado no âmbito da atividade econômica deve ser subsidiária. Para Luís Roberto Barroso, “o fundamento e o limite” da intervenção legítima do Estado se dão “na atuação espontânea do mercado. O Estado pode, evidentemente, intervir para implementar políticas públicas, corrigir distorções e, sobretudo, para assegurar a própria livre iniciativa e promover seu aprimoramento”. Nesse sentido, para o autor, “a característica da disciplina está, exatamente, em que ela não pretende nem pode pretender substituir o mercado em seu papel central do sistema econômico”.¹⁵¹²

A intervenção estatal pode ser usada, ainda, como verdadeiro instrumento em favor da dignidade da pessoa humana. Para Egon Bockmann Moreira, as falhas

¹⁵⁰⁸ Notícia divulgada em <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/Sala_de_Imprensa/Noticias/2014/Institucional/20140529_desempenho1quadri.html>. Acesso em 15 jun. 2014.

¹⁵⁰⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

¹⁵¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

¹⁵¹¹ CASSAGNE, Juan Carlos. *La intervención administrativa*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, p. 22.

¹⁵¹² BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 14, mai./jun./jul. 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>.

estruturais e comportamentais do próprio mercado e os problemas típicos dos países subdesenvolvidos, como o baixo nível de poupança para investimentos privados e a falta de interesse dos agentes em investimentos de longo prazo, são fatores que exigem a intervenção do Estado na economia, ainda que de maneira subsidiária.¹⁵¹³

Ademais, considerando que a ordem econômica e financeira é regida pelos princípios da valorização do trabalho humano, da soberania nacional, da livre concorrência, da defesa do consumidor, da defesa do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais e da busca pelo pleno emprego, entre outros, tendo por fim assegurar a existência digna a todos os cidadãos, conforme o artigo 170 da Constituição Federal, ao Estado também cabe auxiliar os particulares a buscar esses mesmos fins.

É nesse contexto, portanto, que a atividade de fomento deve ser interpretada: não como um meio de auxílio à atividade dos particulares, mas como um meio de consecução dos fins sociais por meio do auxílio à iniciativa privada.

Luis Jordana de Pozas parece ter sido o primeiro autor que se debruçou sobre o conceito da atividade de fomento. Para ele, fomento era “a ação da Administração dirigida a proteger ou a promover aquelas atividades, estabelecimentos ou riquezas devidos aos particulares e que satisfazem necessidades públicas ou que se estimam ser de utilidade geral, sem usar a coação nem criar serviços públicos”.¹⁵¹⁴

Em uma das únicas obras jurídicas nacionais inteiramente dedicada ao assunto, Célia Cunha Mello indica as três características da atividade de fomento: i) o exercício de função administrativa; ii) a ampliação da esfera de direitos do particular mediante o oferecimento, pelo Estado, de um favorecimento; e iii) a ausência de compulsoriedade.¹⁵¹⁵ A essas características, é necessário, ainda, juntar uma quarta, já enunciada: iv) a necessidade de a atividade estar voltada à satisfação, ainda que indiretamente, de necessidades públicas.

Nesse sentido, portanto, pode-se entender o fomento como uma atividade administrativa, que, ao lado do serviço público e do poder de polícia, presta-se para a consecução de fins socialmente relevantes. Caracteriza-se como a atribuição de vantagem ou benefício, de maneira não coercitiva, para que o particular também se volte à consecução de interesses públicos.

Considerando-se, portanto, que a adesão do particular à proposta do poder público é espontânea e não obrigatória, fica evidente que, na atividade de fomento, a Administração não age imbuída do chamado poder de império. Com efeito, a doutrina costuma explicitar que o elemento identificador da atividade de fomento é “a natureza da ação estatal em razão das técnicas empregadas”, vez que as atividades administrativas se distinguem não pelos fins que perseguem – que são sempre os fins públicos –, mas pelos meios pelos quais se concretizam, que, na atividade de fomento, sempre são baseados na persuasão do particular.¹⁵¹⁶

¹⁵¹³ MOREIRA, Egon Bockmann. O Direito Administrativo da Economia, a Ponderação de Interesses e o Paradigma da Intervenção Sensata. In: MOREIRA, Egon Bockmann; CUELLAR, Leila. *Estudos de Direito Econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 60.

¹⁵¹⁴ POZAS, Luis Jordana de. Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo. *Revista de estudios políticos*, Madrid, El Instituto, v. 48, p. 41-54, nov./dez. 1949, p. 46. Disponível em: <<http://www.cepc.es/es/Publicaciones/revistas/revistas.aspx?IDR=3&IDN=445&IDA=7421>> Tradução livre.

¹⁵¹⁵ MELLO, Célia Cunha. *O fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 27.

¹⁵¹⁶ *Ibidem*, p. 47-48.

Tais meios, todavia, são múltiplos, e podem ser escolhidos pela Administração Pública na medida em que se adequarem ao fim público concreto observado no caso. Assim, podem ser de natureza pública, como as subvenções, ou de natureza privada, como os contratos de mútuo. São, ainda, exemplos de medidas de fomento: a concessão de benefícios fiscais, o desenvolvimento do mercado de títulos, os empréstimos e os subsídios.¹⁵¹⁷ Marcos Juruena Villela Souto indica, ademais, que são meios de fomento da iniciativa privada a prestação de assistência técnica, a concessão de privilégios especiais e a criação de pólos industriais e comerciais e de sociedades de capital de risco.¹⁵¹⁸

Com relação às atividades que podem ser fomentadas, entende-se que, de maneira geral, devem estar albergadas pela Constituição Federal como merecedoras de incentivo para que a Administração possa oferecer aos particulares formas de estímulo de modo legítimo e socialmente reconhecidas como necessárias.

Algumas atividades eleitas pela nossa Constituição como merecedoras de adoção de mecanismos de incentivo e fomento pela Administração foram compiladas por Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Os principais exemplos são a competência da União para ordenar o território e promover o desenvolvimento econômico e regional; a competência comum dos entes federativos para proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência; a competência do Município para promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local; o fomento ao turismo; o incentivo ao cooperativismo, às microempresas e às empresas de pequeno porte; a promoção do desenvolvimento científico, da pesquisa e da capacitação tecnológicas e o seu incentivo; o estímulo à atividade econômica, etc.¹⁵¹⁹

Note-se que, por se tratar de atividade que coloca em perigo o princípio jurídico da igualdade, já que, na maioria das vezes, as medidas de fomento não são capazes de atingir todos os tipos de atividades particulares nem todos os agentes privados que concorrem num mesmo setor, seja ele econômico ou não, a conformidade da escolha da atividade a ser fomentada deve estar, necessariamente, em consonância com os valores constitucionais.

Com efeito, já é clássica a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, que, tendo desenvolvido o trabalho de maior peso em âmbito nacional sobre a densificação do conteúdo jurídico do Princípio da Igualdade, indica que as medidas diferenciadoras só podem ser consideradas compatíveis com o referido princípio caso decorram de seleção que cumpra os seguintes requisitos: i) não singularize o indivíduo a ser beneficiado; ii) seja inerente à própria pessoa, coisa ou situação a ser beneficiada; iii) decorra logicamente do fator diferenciador escolhido; e iv) proteja valores constitucionalmente protegidos.¹⁵²⁰

Pode ocorrer, contudo, e é comum que ocorra, dado o caráter analítico da nossa Constituição, que, em determinado momento histórico, existam várias atividades que a Constituição oriente a Administração a fomentar, sem que ela, entretanto, tenha meios para incentivar todas ao mesmo tempo. O mesmo pode ocorrer quando a Administração

¹⁵¹⁷ MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito econômico*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 494-502.

¹⁵¹⁸ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo da Economia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 41-55.

¹⁵¹⁹ Para uma análise mais detalhada, ver MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo – Parte introdutória, parte geral, parte especial*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 515-545.

¹⁵²⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

se vê impelida a escolher apenas um único particular para fomentar, seja pela natureza da atividade, seja pela escassez de recursos.

Em ambos os casos, vislumbra-se que a escolha será mais razoável caso a atividade de fomento que está se pretendendo desenvolver esteja abrigada no âmbito de uma política pública.

Em virtude disso, cumpre perquirir como o direito pode apreender o fenômeno das políticas públicas, essencialmente ligado à gestão pública, e de que maneira o atrelamento entre políticas públicas e fomento pode servir ao controle dessa atividade.

3 As políticas públicas como meio de compatibilização entre a atividade de fomento e o Princípio da Igualdade

O tema das políticas públicas é tratado, em geral, no interior das disciplinas de gestão pública, recebendo maior atenção dos juristas apenas quando da análise da possibilidade ou da impossibilidade do seu controle pelo Poder Judiciário.

Ocorre que o Direito Administrativo, ao deixar de compreender as alterações do *modus operandi* da Administração Pública, vem se tornando estéril. Assim, continua a se ocupar principalmente da teoria do ato administrativo, ignorando que a administração já não mais age precipuamente por meios pouco flexíveis, mas por meios muito mais complexos e dinâmicos de conformação da decisão administrativa, como as políticas públicas.

Em virtude disso, deve-se compreender como as políticas públicas podem ser apreendidas pelo direito, que deve estar aberto à recepção dos novos fenômenos concretos dos quais deve dar conta.

Políticas públicas podem ser entendidas, em termos jurídicos e para ficarmos com a definição proposta por Maria Paula Dallari Bucci, como programas de ação governamental de um processo juridicamente regulado que visa “coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”. Nesse sentido, a política pública pressupõe a realização de metas, a reserva dos meios necessários e a definição do tempo necessário para a sua consecução.¹⁵²¹

Em outras palavras, pode-se dizer que políticas públicas são uma forma de atuação do Estado que pressupõe o planejamento da atividade administrativa e a sua inserção dentro de uma rede mais complexa de organização de diversos atos e atividades cujo fio condutor se reconhece por meio da identificação de um objetivo público comum.

A definição do que são as políticas públicas também foi enfrentada por Ronald Dworkin, para quem política (*policy*) significa “aquela espécie de padrão de conduta (*standard*) que assinala uma meta a alcançar, geralmente uma melhoria em alguma característica econômica, política ou social da comunidade, ainda que certas metas sejam negativas, pelo fato de implicarem que determinada característica deve ser protegida contra uma mudança hostil”.¹⁵²²

¹⁵²¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: _____. (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49. p. 39.

¹⁵²² DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Massachusetts, 1978. p. 22.

Note-se, portanto, que as políticas públicas podem se desenvolver por meio de diferentes atividades e atos. Assim, determinada política pública pode estar albergada pela própria Constituição Federal, por leis ou até mesmo por atos infralegais. Pode ser, ainda, que uma mesma política pública esteja amparada por instrumentos jurídicos das diversas espécies. Assim, por exemplo, a própria Constituição pode determinar o desenvolvimento de uma política pública para certo setor, sendo recomendável a edição de lei para detalhamento da política a ser realizada e a previsão da forma de concretização dos comandos legais por meio de atos infralegais. O que se pode concluir, portanto, é que os instrumentos jurídicos utilizados não são capazes de identificar, por si só, uma política pública.

Com efeito, as políticas públicas concretizam-se por meio de diversos instrumentos e com vistas à realização dos mais diversos fins. Assim sendo, a definição do conceito não pode ser fundamentalmente material, de modo que se pode contentar, ainda que por ora, com o entendimento de que as políticas públicas são uma forma de atuação estatal, ou, nas palavras de Milena Pavan Serafim e de Rafael de Brito Dias, são “o Estado em movimento”, a forma que melhor reflete a essência do Estado capitalista.¹⁵²³

De fato, a preocupação com o estudo das políticas públicas iniciou-se no âmbito das matérias de gestão pública e de ciência política a partir do século XX. No âmbito dessas disciplinas, contudo, como bem demonstram os autores citados, já resta assente a superação de um lócus eminentemente privilegiado do Estado na conformação das políticas públicas, vez que o próprio Estado é por elas influenciado. Nesse mesmo sentido, ademais, o espaço de formação das políticas públicas é um espaço de disputa política em que o Estado é apenas um dos atores, podendo ele próprio consistir, ainda, em um lócus próprio de disputa pelo poder. Assim, jamais se pode perder de vista que a atuação do Estado no campo das políticas públicas não é neutra ou desinteressada,¹⁵²⁴ de modo que se evidencia a forma como esse modo de atuação estatal caracteriza o Estado capitalista globalizado.

Nesse sentido, as políticas públicas não são atos ou respostas isoladas do Estado, vez que compreendem “um conjunto de iniciativas e respostas que permitem inferir a posição do Estado frente a uma determinada questão. Assim, as políticas estatais podem ser classificadas como ‘nós’ do processo social, na medida em que refletem as diversas interações (inclusive disputas) entre os atores sociais”.¹⁵²⁵

Por outro lado, também se deve considerar que as políticas públicas compreendem não apenas o que o Estado faz, mas igualmente aquilo que o Estado deixa de fazer, dado que a inação estatal também representa uma escolha política e, nesse sentido, é resultado de um jogo de forças de diferentes atores sociais.¹⁵²⁶

Note-se que a necessidade de realização de direitos e de objetivos coletivos é relativamente recente na história política, vez que, antes da Revolução Industrial, o Estado encontrava o seu fundamento de legitimidade não nessa necessidade de

¹⁵²³ SERAFIM, Milena Pavan; DIAS, Rafael de Brito. Conceitos e ferramentas para análise de política pública. In: BENINI, Édi A., et al. (Orgs.). *Gestão pública e sociedade: fundamentos e políticas públicas de economia solidária*. Volume I. São Paulo: Outras Expressões, 2011, p. 305-337. p. 317.

¹⁵²⁴ *Ibidem*, p. 316-317.

¹⁵²⁵ *Ibidem*, p. 317.

¹⁵²⁶ *Ibidem*, p. 316.

concretização de direitos, mas na lei enquanto expressão da soberania do povo. É a partir da Revolução Industrial, portanto, que o Poder Executivo adquire papel central, de modo que a atividade programadora e programada passa a ser fundamental.¹⁵²⁷

Feitas essas considerações de ordem política acerca das políticas públicas, fica mais fácil situar a problemática do fomento. Já se analisou, no tópico anterior, como a atividade de fomento tende a gerar desigualdade entre os particulares e como isso pode constituir um problema jurídico caso essa desigualdade não seja estritamente justificada. Considerando-se, portanto, que as políticas públicas são espaços em que a luta política é colocada à mostra, havendo regras de conformação da disputa, ao se atrelar as medidas de fomento às políticas públicas se possibilita que a atividade incentivadora do Estado também seja feita de modo mais transparente, inclusive com maior participação dos próprios particulares interessados.

Resta demonstrar, portanto, por que razão as políticas públicas podem ser consideradas como espaço de luta política e social e de que modo isso auxilia no controle da atividade de fomento.

4 O ciclo das políticas públicas e a possibilidade de auxílio no controle da atividade de fomento

A doutrina costuma dividir o processo de elaboração da política pública em cinco momentos distintos, que compõem o chamado *policy cycle* (ciclo da política).¹⁵²⁸

Esses momentos, que são interligados, são os seguintes: 1º) identificação de problemas; 2º) conformação da agenda; 3º) formulação da política; 4º) implementação da política; e 5º) avaliação da política.

A partir da análise do ciclo das políticas públicas, percebe-se que a sua formulação e implementação dependem de disputas ocorridas no interior da sociedade civil. A movimentação dos atores é analisada pelos estudiosos das políticas públicas e é justamente o estudo da influência que os grupos de interesses são capazes de fazer sobre o Estado no sentido da implementação das políticas públicas formuladas que se vislumbra como contribuição para o controle da atividade de fomento.

Com efeito, essa pressão, que ocorre efetivamente tanto no ciclo das políticas públicas, quanto na implementação de medidas de fomento, encontra transparência muito maior nos momentos da conformação da agenda e da formulação e implementação da política, de modo que o atrelamento de meios de fomento a essas etapas do ciclo das políticas públicas é capaz de garantir igualmente maior transparência e, conseqüentemente, maior controle sobre essa atividade administrativa.

Preliminarmente ao desenvolvimento das contribuições dadas ao controle do fomento, contudo, cumpre traçar um breve panorama do ciclo das políticas públicas, para que se possa situar melhor o problema.

O primeiro momento do ciclo consiste na identificação dos problemas. Ela decorre do reconhecimento, pelos atores sociais, de que determinada questão é um problema que deve ser solucionado. Conforme Milena Pavan Serafim e Rafael de Brito Dias, esse

¹⁵²⁷ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade das políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, n. 138, p. 39-48, abr./jun. 1998. p. 44.

¹⁵²⁸ SERAFIM, Milena Pavan; DIAS, Rafael de Brito. *Op. cit.*, p. 324.

tipo de reconhecimento é marcadamente subjetivo, dependendo dos valores e métodos dos sujeitos.¹⁵²⁹

Os autores, citando Perèz e Seisdedos, ressaltam que esse momento inicial não se restringe apenas à identificação do problema propriamente dito, vez que também abrange o levantamento dos fatores que causam o problema e eventuais soluções para cada um desses fatores, além da avaliação da conveniência das soluções apontadas.¹⁵³⁰

No segundo momento do ciclo da política pública, temos a conformação da agenda. Agenda pode ser entendida, de modo genérico, como o conjunto de prioridades de determinado ator de políticas públicas. Nesse sentido, a luta existente em determinado momento é responsável pela inclusão de determinados assuntos na agenda ou não. A conformação da agenda, por sua vez, pode ser influenciada por diversos fatores, como, por exemplo, as crises, a pressão de grupos, os meios de comunicação, o apelo emocional do tema. A passagem do problema para a agenda, contudo, não implica necessariamente a formulação de uma política pública para solucioná-lo.

O momento da formulação da política pública inicia-se quando são propostas, aceitas e rejeitadas diversas formas de solução do problema identificado e levado à agenda. Nesse sentido, vê-se que essa terceira fase do ciclo de políticas públicas está em estreita relação com o primeiro momento, de identificação do problema. Essa fase da formulação da política pública, contudo, só se conclui quando são tomadas medidas públicas concretas que expressarão a política pública, como a edição de leis e de atos normativos e a interpretação desses instrumentos pelo Poder Judiciário, por exemplo.

O momento imediatamente seguinte à formulação da política pública é o momento da sua implementação, em que as intenções, os textos e os discursos são transformados em resultados observáveis.¹⁵³¹

Finalmente, o último momento do ciclo das políticas públicas é o da avaliação, que pode ser posterior à formulação e à implementação da política pública ou concomitante a essas fases. Nas palavras de Serafim e Dias, “a avaliação se apresenta como um instrumento técnico que permite o desenvolvimento de processos para a revisão e a medição sistemática do estado do problema. Os resultados dessa avaliação podem ocasionar três situações: 1) auxiliar na melhoria da política e assim na sua continuação; 2) finalizar a política existente; e 3) desenvolver uma nova política”. Continuam, os autores: “além de instrumento técnico, a avaliação é também uma ferramenta política. Os resultados dela são utilizados para melhorar os programas e para prestar contas aos cidadãos, contribuindo assim para a confiança e para a legitimidade do sistema”.¹⁵³²

Feito esse breve panorama, já se pode vislumbrar que, nos momentos da conformação da agenda, da formulação e da implementação da política pública, os particulares, organizados sob grupos de interesses, exercem pressão sobre o poder público para que os problemas identificados por eles sejam solucionados por meio de políticas públicas.

Nesse sentido, vislumbra-se semelhança com o que ocorre com a formulação e a implementação de medidas de fomento. Com efeito, no âmbito da atividade

¹⁵²⁹ *Ibidem*, p. 325.

¹⁵³⁰ *Ibidem*, p. 326.

¹⁵³¹ *Ibidem*, p. 332.

¹⁵³² *Ibidem*, p. 333.

administrativa de incentivo da atuação privada, o poder público também é influenciado por vários grupos de interesses, vez que a Constituição Federal determina que diversos campos de atividades sejam fomentados, sem que, todavia, existam recursos para incentivar todas essas atividades e todos os particulares interessados.

Ocorre, contudo, que, enquanto essas influências dos particulares sobre o poder público são vistas pela teoria da gestão pública como um dado inerente ao ciclo das políticas públicas, na atividade de fomento essa pressão permanece velada, como se as medidas de incentivo fossem tomadas unilateralmente pelo Executivo. Por outro lado, muitas vezes não fica evidente se o interesse público invocado para a concessão da medida de fomento é suficiente para a geração de desigualdades entre os particulares, vez que as medidas podem ser tomadas isoladamente, sem estarem ligadas a um contexto maior de planejamento da atividade administrativa e/ou da gestão pública. Quando isso ocorre, é evidente o risco de a atividade de fomento estar sendo utilizada, em realidade, para a concessão de privilégios injustificáveis e atentórios ao Princípio da Igualdade e da Moralidade.

É por isso, portanto, que se propõe a aproximação das medidas de fomento das políticas públicas, vez que, no momento em que os meios de incentivo da atividade privada são colocados no interior de políticas públicas, descobrem-se com mais facilidade quais são os atores sociais responsáveis pelas pressões realizadas para a concessão da medida. Além disso, a disputa de interesses ocorrida durante o ciclo das políticas públicas coloca os setores beneficiados pelas medidas de fomento em disputa com outros setores que também poderiam ser incentivados, de modo que há um ganho de transparência na atividade administrativa, o que acaba com a falsa impressão de que as medidas de fomento são tomadas de modo isolado e unilateral pela Administração. Por fim, quando a medida de fomento é tomada no interior de uma política pública, a atividade incentivadora torna-se parte integrante de um complexo planejado mais amplo de atividades administrativas e de gestão, fortalecendo-se o interesse público promovido no caso.

No momento da conformação da agenda, é possível notar o grau de democracia de uma determinada sociedade. Com efeito, como bem explicam Serafim e Dias, “em regimes democrático-participativos, o acesso ao governo é aberto a todos os setores. Já em regimes autoritários, somente as demandas colocadas pelos grupos que de fato detêm o poder político passam a fazer parte da agenda”.¹⁵³³

Resta claro, portanto, que, se se pretende aumentar o grau de democracia de um país, os canais de acesso ao poder público, incluídos, obviamente o acesso a medidas de incentivo, devem ser alargados e institucionalizados. Nesse sentido, o atrelamento de medidas de fomento ao ciclo das políticas públicas representa um ganho, inclusive, em termos de democratização.

No momento da conformação da agenda, ainda, nota-se como as lutas de poder dentro de um mesmo grupo de interesses leva à eleição de determinados problemas e de determinadas soluções como prioridade. Nesse sentido, se a luta pela concessão de determinado meio de fomento pelo poder público se dá no momento da conformação da agenda de um ator, é de se pressupor que a medida foi amplamente discutida pelos particulares que serão diretamente envolvidos, vez que os efeitos positivos e negativos

¹⁵³³ *Ibidem*, p. 330.

da medida são frutos de estudos produzidos durante a identificação do problema pelos atores. Assim sendo, quando a medida de fomento for debatida no momento de conformação da agenda, pode-se concluir que, em geral, o grau de discussão envolvido para a concessão da medida será bastante superior ao nível e à quantidade de discussão caso a medida fosse tomada simplesmente como um ato unilateral do poder público.

No momento da formulação da política pública, por outro lado, discutem-se as soluções para o problema identificado, como visto. Quando uma medida de fomento aparece como forma de solução de um problema identificado no primeiro momento do ciclo das políticas públicas, a atividade incentivadora ganha também em termos de planejamento. Com efeito, o meio de fomento aparece, aí, como parte integrante de um complexo maior de atividades administrativas que devem ser integradas a fim de solucionar o problema, vez que, em geral, a concessão de incentivo não é suficiente para solucionar a questão identificada. Assim, a eficácia da medida de incentivo é potencializada e a sua legitimidade é reforçada, vez que a conexão entre o fomento e o interesse público é mais bem explorada.

Por fim, quando da implementação da política pública, aparecem os resultados decorrentes da política pública adotada. Nesse momento, uma medida de fomento pode ser tomada como forma de concretização da política, evidenciando, de maneira mais clara, a possibilidade de conexão entre as políticas públicas e a atividade de fomento. Quando isso ocorre, o meio de fomento é dotado de máxima força legitimadora, vez que se garante, como visto, que a medida foi discutida pela sociedade civil e que será capaz de produzir efetivamente os efeitos que dela se deseja, diminuindo-se os riscos de que a atividade incentivadora esteja sendo tomada em desacordo com os anseios sociais para o privilégio injustificado de um particular.

5 Conclusão

Apesar da atual importância da matéria, a atividade de fomento é pouco explorada pela doutrina jurídica, que deixa de propor alternativas para essa atividade administrativa que é, por sua própria natureza, geradora de desigualdades entre os particulares. Assim, para que se aumentem os controles sobre essa atividade e para que a desigualdade gerada pelo fomento permaneça dentro de parâmetros estritamente jurídicos, propõe-se o atrelamento da concessão das medidas de fomento a políticas públicas orientadas pelo mesmo interesse público que move a atividade incentivadora.

Com efeito, ao se promover a adoção de uma medida de fomento como forma de implementação da política pública, aumenta-se a quantidade e a qualidade das discussões sobre a eficácia e os efeitos negativos da medida, incrementando o seu grau de legitimidade.

Ademais, dessa maneira, garante-se que a medida de fomento realmente está em consonância com interesses públicos perseguidos pela sociedade civil, impedindo-se que seja adotada apenas para a satisfação de interesses egoísticos do particular a ser beneficiado.

Nesse sentido, entende-se que a proposta apresentada representa uma contribuição para o aprofundamento da discussão sobre a atividade administrativa de fomento, com a ressignificação do seu fundamento de legitimidade, dada a sua reaproximação com os anseios da sociedade.

Referências

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 14, mai./jun./jul. 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: ____ (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49.
- CASSAGNE, Juan Carlos. *La intervención administrativa*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, p. 22.
- COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade das políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, n.138, p. 39-48, abr./jun. 1998.
- DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Massachusetts, 1978.
- MELLO, Célia Cunha. *O fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- MELLO, Celso Anônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.
- MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito econômico*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- MOREIRA, Egon Bockmann. O Direito Administrativo da Economia, a Ponderação de Interesses e o Paradigma da Intervenção Sensata. In: ____; CUELLAR, Leila. *Estudos de Direito Econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- POZAS, Luis Jordana de. Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo. *Revista de estudios políticos*, Madrid, El Instituto, v. 48, p. 41-54, nov./dez. 1949, p. 46. Disponível em: <http://www.cepc.es/es/Publicaciones/revistas/revistas.aspx?IDR=3&IDN=445&IDA=7421>.
- SERAFIM, Milena Pavan; DIAS, Rafael de Brito. Conceitos e ferramentas para análise de política pública. In: BENINI, Édi A., et. al. (Orgs). *Gestão pública e sociedade: fundamentos e políticas públicas de economia solidária*. Volume I. São Paulo: Outras Expressões, 2011, p. 305-337.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo da Economia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

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

PRESTES, Vivianéli Araújo. A instrumentalização da atividade de fomento pelas políticas públicas e a garantia do Princípio da Igualdade. In: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). Problemas emergentes da Administração Pública. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. *Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 537-547.

PARTE III

COMUNICADOS CIENTÍFICOS
APRESENTADOS NO CONGRESSO

(RE)CONHECENDO O FUNDO DE DEFESA DE DIREITOS DIFUSOS PELO PRISMA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: ATRIBUIÇÕES E POSSIBILIDADES

ALBANO FRANCISCO SCHMIDT
THIAGO LUÍS REINERT

Palavras-chave:

Desenvolvimento. Políticas públicas. Análise econômica do Direito. Direitos Fundamentais. Eficiência administrativa.

Resumo:

O Fundo de Defesa de Direitos Difusos completa 30 anos de existência em 2015 e 20 anos de atividade prática no mesmo ano. Assim, existe um arcabouço temporal significativo para o estudo de seus impactos no desenvolvimento social brasileiro, em especial no tocante aos seus maiores “contribuintes” (empresas e pessoas condenadas à reparação por alguma violação de direitos difusos) e a destinação que é dada às vultosas e crescentes cifras arrecadadas. Apenas nos últimos dez anos, o valor total arrecadado supera a marca de meio bilhão de reais (em um crescimento de 100% de 2012 para 2013). O objetivo central deste trabalho foca-se em uma dupla vertente: analisar a arrecadação destinada ao fundo de 2005 a 2014 (com base nos dados disponibilizados pelo Ministério da Justiça) e os gastos efetivamente realizados na concretização dos editais vencedores para o recebimento de apoio do fundo, necessários à recomposição dos direitos lesados. Atrelado à análise de dados, uma problematização se faz necessária: existe uma ligação direta entre os danos coletivos sofridos pelos cidadãos e a reposição que é feita no Fundo, como expressamente previsto em sua lei instituidora (Lei Federal nº 7.347 de 1985)? Está o Poder Público e a sociedade de uma maneira geral consciente de que toda violação de direito coletivo/difuso pode se transformar em reparação geral concedida ao Fundo, apta a retornar a coletividade na forma de investimento em projetos sociais? Para responder a essas perguntas, focar-se-á nos valores arrecadados por grande área (e seus requerentes diretos) e nos principais projetos apoiados, na interface entre Direito e Economia proposta pela Nova Economia Institucional.

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

SCHMIDT, Albano Franciso; REINERT, Thiago Luís. (Re)conhecendo o Fundo de Defesa de Direitos Difusos pelo prisma da análise econômica do direito: atribuições e responsabilidades. *In*: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). Problemas emergentes da Administração Pública. *In*: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. *Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 551-552. Resumo.

O PAPEL DA INTERVENÇÃO ESTATAL NO LEILÃO DO CAMPO DE LIBRA

ALCIDES GOELZER DE ARAÚJO VARGAS E PINTO

Palavras-chave:

Pré-sal. Petróleo. Desenvolvimento. Intervenção do Estado. Atividade econômica.

Resumo:

O presente trabalho pretende analisar, sob as perspectivas do regime de concessão e do regime de partilha de produção, os impactos do novo marco regulatório da exploração petrolífera brasileira no leilão do campo de Libra. Esse tema é de extrema relevância na atualidade, pois tem-se como objetivo compreender os aspectos positivos e negativos da Lei nº 12.351/10 e as consequências da intervenção do Estado no setor petrolífero. Assim, buscaremos evidenciar que o modelo de partilha de produção adotado pelo Brasil demonstra-se extremamente intervencionista, o que deve ser repensado pelo legislador, pois as Companhias petrolíferas, assustadas com tamanho custo de transação, resolveram não investir em nosso maior tesouro. Será utilizada a metodologia teórico-descritiva, buscando a compreensão, do ponto de vista jurídico-econômico, das normas que regulam o Pré-Sal, bem como o edital do Leilão do Campo de Libra, objetivando a análise dos benefícios e dos prejuízos que o Estado brasileiro poderá ter com o novo marco regulatório, bem como os possíveis riscos ambientais e a forma que ocorrerá a parceria público-privada. Ademais, por ser um tema atual e sem entendimento fixado, será necessário à utilização do método indutivo, essencial para preencher as lacunas daquilo não estudado e debatido pela sociedade. Pela análise do novo marco regulatório do pré-sal, bem como do resultado do leilão do Campo de Libra, é perceptível que: (i) as regras institucionais são fracas e levam inseguranças para investimentos das empresas petrolíferas; (ii) o estabelecimento de que a Petrobrás será a única operadora do Pré-Sal, impondo, ainda, sua participação mínima de 30% em qualquer consórcio vencedor, contribuiu para a apresentação de proposta única no leilão; (iii) pela análise da Lei nº 12.351/10 demonstra-se que a União não poderá receber a sua quota-parte em dinheiro, sendo obrigatório o recebimento em óleo *in natura* e tendo que realizar a sua comercialização, o que aumenta a possibilidade de corrupção. Desta forma, observa-se que o novo marco regulatório do pré-sal inovou em diversos aspectos, sendo isso a principal causa de afastamento das gigantes petrolíferas no primeiro certame do pré-sal. Assim, tendo em vista que o Brasil encontra-se em posição privilegiada no que

diz respeito à oferta de petróleo, e que isso possibilitará o desenvolvimento nacional em níveis antes inimagináveis, o atual modelo deve ser reformulado para maximizar as arrecadações das participações governamentais propulsionando a remodelagem econômico-social brasileira. O estudo conclui que o novo marco regulatório da exploração petrolífera brasileira acabou impactando negativamente o leilão do Campo de Libra, tanto que houve proposta única no certame e que repassava para a União o mínimo exigido pelo edital. Essa consequência fora motivada pelas diversas inovações que espantaram as empresas petrolíferas e as desencorajaram de realizar investimentos bilionários frente à insegurança jurídico-exploratória brasileira. Portanto, outros debates devem ocorrer, tanto no legislativo, quanto no executivo, gerando adequações que se fazem necessárias para buscar o equilíbrio na parceria público-privada, o que pode ser feito através de decretos, resoluções, portarias e novos modelos de contratos.

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

PINTO, Alcides Goelzer de Araújo Vargas e. O papel da intervenção estatal no leilão do Campo de Libra. *In: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). Problemas emergentes da Administração Pública. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 553-554. Resumo.

DA REFORMA ADMINISTRATIVA EMPREENDIDA POR PAULO NEVES DE CARVALHO NO MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE NA DÉCADA DE 1950: O NASCEDOURO DAS IDEIAS DE MODERNIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO DE PESSOAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ANA LUIZA GOMES DE ARAÚJO
LUCIANA MORAES RASO SARDINHA PINTO

Palavras-chave:

Reforma administrativa. Função pública. Paulo Neves de Carvalho. Direito administrativo vivo. Pioneirismo.

Resumo:

O objeto de estudo do presente trabalho cinge-se ao exame da reestruturação dos quadros de pessoal do serviço público da Prefeitura de Belo Horizonte conduzida pelo Diretor do Departamento de Administração, Professor Paulo Neves de Carvalho, durante a gestão do Prefeito Celso Mello de Azevedo – 1955-1959. Tal análise foi condicionada à apreciação de uma série de fatores relacionados aos contextos institucional, político e econômico brasileiros pertinentes àquele período. Para tanto, levou-se em consideração o contexto histórico concernente à reforma administrativa, de modo a relacionar as medidas concretizadas aos problemas experimentados à época, ao quadro normativo vigente, bem como às limitadas condições políticas disponíveis à efetivação de iniciativas de racionalização da administração pública. Foi feita a pesquisa bibliográfica e documental, acessando-se jornais e legislação da época, bem como acervo material do Núcleo de Referência à Memória do Professor Paulo Neves de Carvalho, instituído por força do Decreto Estadual nº 45.937, de 23 de março de 2012, no âmbito da Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho. A reforma administrativa empreendida demonstrou o comprometimento com a realidade e a diversidade das formas sociais cotidianas, apresentando forte caráter democrático, garantindo a aplicação de um direito administrativo, a que o Professor convencionou chamar de direito administrativo vivo, por atrelar a norma jurídica aos valores sociais vigentes, buscando a adequação entre ambos. As conclusões do estudo sublinham o pioneirismo da reforma, que se apoiou

em critérios técnicos bastante avançados para a época, apostando na capacitação e na formação dos servidores públicos em conteúdos da ciência da Administração, por meio de cooperação técnica dos Estados Unidos, algo excepcional, naquele momento, para as administrações municipais, com o intuito de assegurar dinamicidade, agilidade e meritocracia à Administração Pública, e dão relevo à constatação de que a mesma lançou as pedras fundamentais da modernização da Administração Pública, sendo o germe da posterior reforma administrativa realizada no Estado de Minas Gerais.

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

ARAÚJO, Ana Luiza Gomes de; PINTO, Luciana Moraes Raso Sardinha. Da reforma administrativa empreendida por Paulo Neves de Carvalho no Município de Belo Horizonte na década de 1950: o nascedouro das ideias de modernização da administração de pessoal do Estado de Minas Gerais. *In*: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). Problemas emergentes da Administração Pública. *In*: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. *Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 555-556. Resumo.

OCUPAÇÃO IRREGULAR EM ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL PARA MORADIA: AÇÕES OU OMISSÕES PÚBLICAS E RESPONSABILIDADE DO ADMINISTRADOR PÚBLICO MUNICIPAL

ANDRÉ RICARDO GOMES DE SOUZA

Palavras-chave:

Prefeito. Município. Reparação. Dano. Ambiental.

Resumo:

A Constituição Federal consagrou o respeito aos direitos individuais e coletivos e uma série de direitos sociais, além da não intervenção do Estado na autonomia das pessoas e a intervenção no que fosse relevante para a construção de meios materiais à afirmação da dignidade de todos. Para alcançar os objetivos e os princípios constitucionais foram repartidas competências e atividades em função administrativa denominada de Poder Executivo Federal, Estadual, Municipal (Mendes & Branco, 2012), poder sujeito à observância dos fundamentos, objetivos e princípios previstos na CF nos art. 1º, 3º, 5º, 37 e 225. Este último estabelece a garantia do meio ambiente equilibrado para todos. Assim, o gestor público deve observar a honestidade, a eficiência e o zelo pelas coisas públicas, logo, ação inversa deve ser considerada como ato de improbidade administrativa prevista na Lei nº 8.429/1992 - LIA com a possibilidade de buscar a reparação pessoal daquele por danos ambientais ocorridos em razão da omissão ou ação do agente público ou servidor público no desempenho de sua função, observando não somente a CF e a LIA, mas também, os princípios previstos na Lei nº 6.938/1981 – PNMA e nas Políticas da Lei nº 10.257/2001 - Estatuto da Cidade. No tema apresentado pretende-se dissertar sobre o direito à “moradia” - direito de habitação digna e adequada, que, segundo o IPEA, havia, no Brasil, déficit habitacional de 8,8% no ano de 2011, ou em números absolutos 5,4 milhões. Em outro extremo, o direito da coletividade em razão das ocupações irregulares em locais de proteção ambiental, outras em locais de risco como encostas, que se ampliam e se consolidam em razão da ausência de fiscalização e convivência do poder público. O encontro entre os interesses dos ocupantes e da coletividade ocorre quando há uma “calamidade pública” e pessoas perdem vidas e bens. Assim, os mandatos se sucedem sem, contudo, haver planejamento, organização, fiscalização e execução de ações ordenadas no sentido de diminuir a desigualdade social e garantir

moradia digna à população. O principal objetivo deste estudo é pesquisar e trazer elementos para discussão sobre a necessidade de planejamento, execução e fiscalização por parte do chefe do executivo, tentando inibir a ineficiência de políticas públicas que afasta toda a sociedade de alcançar os objetivos em diminuir a desigualdade social garantindo melhores e adequadas condições de vida. A metodologia será qualitativa e quantitativa, consistentes na pesquisa bibliográfica teórica para obter conhecimento e fundamentação do assunto, e em pesquisas estatísticas para apurar a realidade social do Brasil no aspecto moradia. A conclusão preliminar até o presente momento é de que o agente público local (Município) poderá ser responsabilizado com base nos art. 9º e 11 da LIA, restando aprofundar no debate se a ação ou a omissão deve ser dolosa ou culposa, estando inclinado a afirmar que se trata de responsabilidade objetiva bastando apenas estar caracterizada a conduta e o dano.

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

SOUZA, André Ricardo Gomes de. Moradia: ações ou omissões públicas e responsabilidade do administrador público municipal. *In*: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). Problemas emergentes da Administração Pública. *In*: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. *Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 557-558. Resumo.

APONTAMENTOS CRÍTICOS SOBRE A POSSIBILIDADE DE O ESTADO CELEBRAR CONVÊNIOS DE REPASSE COM ENTIDADES EMPRESARIAIS

ARIANE SHERMAM MORAIS VIEIRA

Palavras-chave:

Convênios de repasse. Contratos da administração pública. Atividades de interesse público. Empresas. Estado.

Resumo:

O estudo que ora se propõe possui o objetivo de apresentar e analisar a divergência doutrinária existente a respeito da possibilidade de o Estado celebrar convênios de repasse com entidades privadas com fins lucrativos. O trabalho se mostra pertinente na medida em que o Estado brasileiro, no contexto de reforma da administração pública, recorre cada vez mais a atores privados para realizar atividades de interesse da coletividade, sendo que, por outro lado, há entendimento dominante na doutrina, acompanhada por jurisprudência e legislação, em especial no âmbito da União, de que às entidades privadas com fins lucrativos não cabe celebrar convênios com o Estado, em razão de perseguirem o lucro como finalidade primordial e não poderem, portanto, agir desinteressadamente na consecução do interesse público. Adota-se neste estudo a posição dissonante defendida originariamente na tese de doutorado de Gustavo Alexandre Magalhães (2012), que, com base na disciplina da Lei nº 8.666/1993 e na teoria geral do direito e partindo das premissas de que convênios são, na verdade, contratos e de que as empresas, assim como as entidades privadas sem fins lucrativos integrantes do terceiro setor, também podem agir desinteressadamente na consecução de finalidades sociais, afirma que é possível que o Estado celebre convênios com entidades com fins lucrativos. Nessa linha de ideias, afirma-se neste trabalho que, por constituírem espécie do gênero contrato administrativo, os convênios também apresentam caráter sinalagmático, sendo que, do ponto de vista do interesse público a ser alcançado, é irrelevante que o particular participe do convênio atue em todas as suas relações jurídicas sem auferir lucro. Para o Estado, deve importar se, em dado convênio, o ente colaborador atua “desinteressadamente”, ou seja, sem exigir contrapartida para realização de atividade de interesse da coletividade. Em que pesem as conclusões expostas, não se olvida que as considerações tecidas vão de encontro ao posicionamento defendido pela doutrina

majoritária e, em particular, à legislação disciplinadora dos convênios no âmbito federal. Isso não impede, entretanto, que os demais entes federados, no exercício de sua autonomia legislativa para normatizar matéria concernente à licitação e à contratos, em consonância com o disposto no inciso XXVII do art. 22 da Constituição da República, prevejam a possibilidade de entidades com fins lucrativos celebrarem convênios com o Estado, observada a normatização incidente sobre o tema e o dever de cumprimento dos interesses da coletividade. Ressalta-se, por fim, que o trabalho proposto pertence à vertente jurídico-dogmática, tendo sido utilizados, para sua elaboração, dados primários, notadamente, legislação e jurisprudência, e dados secundários – primordialmente, textos doutrinários pertinentes.

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

VIEIRA, Ariane Shermam Morais. Apontamentos críticos sobre a possibilidade de o Estado celebrar convênios de repasse com entidades empresariais. *In*: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). Problemas emergentes da Administração Pública. *In*: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. *Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p.559-560. Resumo.

O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E AS AGÊNCIAS REGULADORAS: UMA ANÁLISE A PARTIR DA RESOLUÇÃO-ANTAQ Nº 3274/2014

CAMILA RODRIGUES FORIGO
AMÁLIA PASETTO BAKI

Palavras-chave:

Agências reguladoras. Serviço público. Empresa. Intervenção do Estado. Princípio da legalidade.

Resumo:

O estudo teve por objetivo analisar, partindo do exame da Resolução-ANTAQ nº 3274/2014, os limites, à luz do princípio da legalidade, do poder normativo das agências reguladoras. Para tanto, o trabalho foi dividido em cinco partes. Primeiramente, foram analisadas as características e as finalidades da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, bem como as suas competências, dentre as quais se destaca a de elaborar e de editar normas e regulamentos relativos à prestação de serviços de transporte e à exploração da infraestrutura aquaviária e portuária. Nesse ponto surge o problema abordado, em que se observa a ausência de delineamento rigoroso acerca da competência das agências, propiciando o exercício extrapolado do poder de polícia, indo além do que a lei autoriza. No tópico seguinte, analisou-se o momento histórico da inserção das agências reguladoras no ordenamento jurídico brasileiro para, na sequência, abordar as suas principais características. Em seguida, foi abordado o poder de polícia que lhes é conferido, e os desdobramentos como poder normativo, poder fiscalizatório e poder punitivo, para o fim de regular os serviços públicos prestados por particulares. O último tópico examinou detidamente o poder normativo em face do princípio da legalidade, esclarecendo-se que o poder exercido pelas agências não corresponde à delegação do poder legislativo e, por essa razão, não pode, em hipótese alguma, violar os preceitos estabelecidos em lei. Diante disso, tem-se que o princípio da legalidade estabelece os contornos do poder normativo das agências, vez que seus atos não podem conflitar com normas legais e constitucionais. Observou-se que o problema surge, porque as leis instituidoras das agências reguladoras outorgam-lhes amplo espectro de atribuições normativas e lhes conferem ampla margem de discricionariedade para que completem e esmiúcem os espaços deixados pela lei. Da atuação normativa

que decorre deste cenário, podem resultar – e de fato resultam, como se observou na Resolução-ANTAQ nº 3274/2014 – exigências, restrições e instituição de sanções que não estão previstas, de maneira específica, nas normas primárias e hierarquicamente superiores. Para resolver esse problema, é preciso dar a devida atenção para o relevante fato da necessária vinculação da norma editada pela agência reguladora com a finalidade para qual a agência foi criada e, ainda, para a observância da limitação decorrente do princípio da legalidade. Impõe-se, assim, a observação da vinculação ou da adequação do produto do poder normativo das agências com os ditames estipulados por lei formal, devendo-se evitar que a atribuição de poderes normativos às agências reguladoras ocorram por meio de cláusulas gerais. Ao final, conclui-se que os poderes conferidos às agências, em especial o normativo, devem observar, com rigor, os ditames estabelecidos pelo princípio constitucional da legalidade de modo que a edição de normas e de regulamentos pelas agências reguladoras, portanto, não podem inovar na ordem jurídica, especialmente no que diz respeito ao estabelecimento de infrações, penalidades e restrições aos direitos individuais. Caso contrário, estará se deturpando a finalidade para a qual as agências foram instituídas no ordenamento jurídico brasileiro, além de caracterizar uma atuação excessiva, arbitrária e ilegal por parte dessas autarquias.

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

FORIGO, Camila Rodrigues; BAKI, Amália Pasetto. O Princípio da Legalidade e as agências reguladoras: uma análise a partir da Resolução-ANTAQ nº 3274/2014. In: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). Problemas emergentes da Administração Pública. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. *Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 561-562. Resumo.

A LIBERAÇÃO DE MEDICAMENTOS EXPERIMENTAIS EM DEMANDAS JUDICIAIS INDIVIDUAIS ÀS CUSTAS DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE, FALTA DE CONHECIMENTO DO MAGISTRADO E O *LOBBY* DA INDÚSTRIA FARMACÊUTICA

CAROLINA ELISABETE PUEHRINGER MIGUEZ DE SENNA MOTTA

Palavras Chaves:

Intervenção do Estado. Serviços públicos. Interesse público. Medicamentos experimentais. Lobby da indústria farmacêutica.

Resumo:

Quando se pensa em direito à saúde, não há dúvidas que trata-se de direito constitucionalmente garantido, fundamental, com aplicação imediata e subjetivo (arts. 6º e 196, CF), atrelado ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana, além de ser dever do Estado. Embora estejam em jogo preceitos constitucionais que estabelecem a responsabilidade dos entes federativos em cumprir medidas que garantam melhores condições de saúde, faz-se necessária a discussão acerca da obrigação do Estado em garantir ou não o direito do indivíduo em detrimento da coletividade, daquele que busca o Judiciário para receber o medicamento novo e custoso, ou um tratamento experimental, prescrito por médico, particular ou do SUS. Para afastar tal obrigação, a Administração Pública alega a chamada “reserva do possível”, escassez de recursos e limites orçamentários, que justificariam a não concessão da tutela. O Judiciário tem entendido que a Administração não pode invocar tal cláusula a fim de justificar a frustração de direitos previstos na Constituição Federal. Outros argumentos também são afastados, como o fato de o medicamento não constar na lista RENAME, ou porque não se deve realizar uma substituição de medicamentos postulados por similares fornecidos pelo SUS, pois não se pode correr o risco de, com a substituição, tornar inócuo o tratamento ou prejudicar a saúde do cidadão. Não bastam alegações atreladas à escassez de recursos para afastar a obrigação estatal. A concessão tem ocorrido também porque a prescrição é firmada pelo médico do SUS. Assim, identificaram-se duas situações não consideradas pelo Judiciário: o magistrado não tem conhecimento técnico aprofundado sobre a segurança da aplicação do novo medicamento no paciente que busca a tutela, se a medicação

terá resultados positivos ou piora na situação de saúde do indivíduo; e o lobby da indústria farmacêutica. Para conceder a tutela, não basta afastar alegações de escassez de recursos, acolher tese do direito fundamental, ou se foi médico do SUS que prescreveu, ou ainda, se a tutela poderá também alcançar indivíduos na mesma situação daquele que pleiteia, pois, o que falta é o conhecimento técnico, ou pelo menos fortes indícios que a prescrição do medicamento novo não piorará a situação do indivíduo. Quanto ao *lobby* da indústria farmacêutica, ele influencia as decisões dos médicos em prescrever certos medicamentos novos, os quais são experimentais e altamente custosos. Segundo a ANVISA, em 2010, 75% dos médicos recebiam visitas de representantes da indústria farmacêutica, acompanhadas de brindes, materiais impressos e digitais e isso não é considerado na concessão da tutela. Assim, o objetivo do trabalho é demonstrar se, além dos parâmetros já verificados pelo Judiciário para concessão ou não do medicamento experimental, o *lobby* das indústrias farmacêuticas é levado em consideração, já que a prescrição de certos medicamentos pode criar um viés terapêutico levado à uma prescrição de novos e dispendiosos medicamentos aumentando demasiadamente o ônus para a Administração Pública - SUS.

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

MOTTA, Carolina Elisabete Puehringer Miguez de Senna. A liberação de medicamentos experimentais em demandas judiciais individuais às custas do Sistema Único de Saúde, falta de conhecimento do magistrado e o *lobby* da indústria farmacêutica. In: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). Problemas emergentes da Administração Pública. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. *Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 563-564. Resumo.

A COOPERAÇÃO INSTITUCIONAL E O CONTROLE DA POLUIÇÃO EM BACIAS HIDROGRÁFICAS

CELMAR CORRÊA DE OLIVEIRA
MATEUS KUHN

Palavras-chave:

Estado federal. Entes federativos. Poluição hídrica. Cooperação institucional. Bacias hidrográficas.

Resumo:

A existência de várias esferas dotadas de poder em um estado federal favorece a aproximação entre governantes e governados, por outro lado, pode, em razão da possibilidade do exercício inadequado da autonomia, causar entre os entes federativos conflitos políticos e jurídicos. A associação dos entes federativos, visando a alcançar fins de interesse comum, ideia central do federalismo cooperativo, mediante ações e estratégias que envolvam esses entes na execução de atividades públicas, mostra-se uma alternativa a ser considerada por estas esferas de poder. No entanto, o instituto da cooperação institucional, apesar da previsão constitucional (art. 241) e a legislação na área dos recursos hídricos (art. 4 da Lei nº 9433/1997), tem utilização aquém das possibilidades disponíveis no ordenamento jurídico. Em razão do uso ainda incipiente desses mecanismos de cooperação, buscou-se, neste estudo, analisar a possibilidade de adoção de instrumentos de cooperação institucional no controle da poluição hídrica. Adotou-se, para a realização deste estudo, uma abordagem qualitativa aplicada a um estudo de caso. Por consequência, como problema a ser investigado na pesquisa emergiu a seguinte questão: a adoção de instrumentos de cooperação contribui para o controle da poluição hídrica em Bacias Hidrográficas? Como resultado, constatou-se que a atuação conjugada dos entes federativos e a decorrente cooperação para a realização de objetivos da Federação têm como vantagens: a racionalização do uso dos recursos existentes, a criação de vínculos ou o fortalecimento dos vínculos já existentes, a instrumentalização do desenvolvimento em suas diversas escalas e a conjugação de esforços para atender às necessidades da população. O estabelecimento desses mecanismos de vinculação visando ao interesse comum pode ser instrumentalizado através de contrato de consórcio público ou de convênio de cooperação. O ajuste entre dois entes federativos para a execução de atividade específica de interesse comum, que não

demande planejamento e regulação, pode ser celebrado mediante convênio, pois se trata de atividade eminentemente administrativa. No entanto, os convênios de cooperação apresentam vínculos instáveis e insuscetíveis de gerar um ambiente de segurança entre os participantes. Nesses termos, conclui-se que a constituição de um consórcio público passa a ser uma alternativa a ser considerada e sua efetiva aplicação implica resolutividade nas demandas de saneamento de bacia hidrográfica e efeitos benéficos esperados nas áreas de recursos hídricos, meio ambiente e saúde.

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

OLIVEIRA, Celmar Corrêa de; KUHN, Mateus. A cooperação institucional e o controle da poluição em bacias hidrográficas. *In: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). Problemas emergentes da Administração Pública. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 565-566. Resumo.

ADESÃO À ATA DE REGISTRO DE PREÇOS: UMA ANÁLISE SOB O ENFOQUE DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

CLÁUDIA DE OLIVEIRA CRUZ CARVALHO

Palavras-chave:

Licitação pública. Sistema de registro de preços. Carona. Adesão à ata. Princípios.

Resumo:

Em 2001, com o advento do Decreto nº 3931/2001, foi inaugurada na seara das licitações públicas a possibilidade de adesões às atas de registro de preços decorrentes de licitações para registro de preço, procedimento usualmente conhecido como “carona”. Com o passar dos anos, esta figura foi se fazendo conhecida pelas contratações vultuosas resultantes de uma única licitação anterior. Em 2007, porém, o Tribunal de Contas da União se manifestou no sentido de que providências fossem tomadas a respeito do uso desenfreado deste procedimento, por entender a presença de algumas inconsistências. Oito anos depois, o Decreto nº 7892/2013 revogou o Decreto nº 3931/2001, porém manteve a possibilidade normativa do “carona”, com poucas mudanças significativas. A presente apresentação tem a finalidade de analisar a constitucionalidade destas adesões à atas de registros de preço. Para tanto, será apresentada a estrutura do procedimento Sistema de Registro de Preços até o momento da assinatura da Ata de Registro de Preços. Na sequência, os esforços serão para demonstrar como funciona a utilização da Ata de Registro de Preços pela figura do “carona” nas contratações públicas federais. O conceito do “carona”, sua estrutura procedimental e fundamentação legal também serão apresentados neste ponto. Por fim, será apresentada a análise quanto à constitucionalidade ou não deste procedimento de adesão às atas de registro de preços, tomando por base os normativos da Administração Pública, em especial os princípios da Administração Pública e aqueles específicos às licitações. Apresentar-se-á também os atuais posicionamentos dos órgãos de controle, com especial atenção à atuação do Tribunal de Contas da União. A metodologia adotada baseou-se no estudo das principais doutrinas do Direito Administrativo, bem como legislação correlata e decisões dos órgãos de controle.

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

CARVALHO, Cláudia de Oliveira Cruz. Adesão à Ata de Registro de Preços: uma análise sob o enfoque dos princípios norteadores das contratações públicas. *In*: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). Problemas emergentes da Administração Pública. *In*: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. *Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 567-568. Resumo.

A INTERRUPÇÃO DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO BÁSICO POR INADIMPLEMENTO: PONTOS E CONTRAPONTO

CLÁUDIA CECÍLIA CAMACHO ROJAS

Palavras-chave:

Serviços públicos. Políticas públicas. Direitos fundamentais. Meio ambiente. Saneamento básico.

Resumo:

O direito ao saneamento básico é um direito social assegurado constitucionalmente, sendo o respectivo serviço público prestado direta ou indiretamente pelo Poder Público. A Lei das Concessões, Lei nº 8.987/95, dispõe acerca das condições de prestação dos serviços públicos concedidos e permitidos, arrolando, dentre outras, a condição de continuidade na sua prestação, ao mesmo tempo em que assevera não se caracterizar descontinuidade as situações previstas em seu art. 6º, §3º. Destaca-se do dispositivo a previsão constante no inciso II, quanto à interrupção do serviço por inadimplemento, após prévio aviso e considerado o interesse da coletividade. A possibilidade da interrupção suscita entendimentos doutrinários e jurisprudenciais diversos, objetivando-se, assim, identificar os elementos determinantes a embasar a possibilidade ou a impossibilidade da interrupção. Para tanto, procedeu-se inicialmente à pesquisa doutrinária e ao estudo analítico acerca dos fundamentos que conduzem aos entendimentos favoráveis e contrários à interrupção. Procedeu-se, então, à pesquisa jurisprudencial, a qual, em razão da matéria e da atualidade desejada, limitou-se aos anos de 2013 e 2014 do Superior Tribunal de Justiça. Identificou-se que os entendimentos favoráveis à interrupção possuem dentre seus fundamentos o art. 6º, §3º, II da Lei nº 8.987/95; ausência de violação aos artigos 22 e 42 da Lei nº 8.078/90 no caso de usuário previamente avisado da interrupção decorrente de inadimplência; princípio da continuidade do serviço público não restaria vulnerado, pois o serviço segue sendo disponibilizado bastando que para tanto o usuário arque com a contraprestação devida; a prestação do serviço sem o correspondente pagamento findaria por inviabilizar a prestação do serviço como um todo, restando prejudicado o interesse coletivo. Dentre os argumentos contrários à interrupção encontra-se a essencialidade do serviço; princípio da continuidade; disposições do CDC; garantia do mínimo existencial; saneamento básico é extensão

do direito à saúde. Concluiu-se que embora permaneça na doutrina a divergência acerca da possibilidade ou não da interrupção dos serviços de saneamento básico, na jurisprudência mais recente do STJ prevalece o entendimento de sua possibilidade desde que se trate de débito atual e o usuário tenha sido previamente avisado da interrupção, não enfrentando de forma direta o prejuízo que daí pode decorrer, ultrapassando o usuário inadimplente e sujeitando a coletividade aos riscos e doenças advindos da interrupção do serviço tido como essencial.

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

ROJAS, Cláudia Cecília Camacho. A interrupção da prestação dos serviços de saneamento básico por inadimplemento: pontos e contrapontos. *In: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). Problemas emergentes da Administração Pública. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 569-570. Resumo.

O DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: ENTRE PRINCÍPIO COMO MANDAMENTO DE OTIMIZAÇÃO E DIREITO FUNDAMENTAL ATRIBUÍDO

CLAYTON GOMES DE MEDEIROS
MARCELO PAULO WACHELESKI

Palavras-chave:

Direitos fundamentais. Boa administração pública. Mandamento de otimização. Direito fundamental atribuído. Robert Alexy.

Resumo:

O presente trabalho visa analisar a pertinência do modelo de regras e princípios elaborado por Robert Alexy no tocante à construção de um raciocínio estruturante de um possível direito fundamental à boa Administração Pública, tendo como foco central sua caracterização enquanto direito fundamental e a concretização de um Estado Democrático de Direito. O texto aborda o conceito de direitos fundamentais e de direitos fundamentais atribuídos. Trabalha com os conceitos de direitos fundamentais como regras e como princípios, com a hipótese de aproximação ou de distanciamento do direito fundamental à boa Administração Pública enquanto princípio, como mandamento otimizador e como supedâneo de direitos fundamentais ou enquanto direitos fundamentais atribuídos de direitos fundamentais expressos. A pesquisa utilizou-se do método lógico-dedutivo, buscou-se estruturar uma aproximação entre a teoria alexiana e a proposta de existência de um direito fundamental à boa Administração Pública, quer seja ela construída por correlação com a ideia de mandamento otimizador, quer seja pela existência de direitos atribuídos, que seriam os próprios direitos fundamentais. Conclui-se que o papel da Administração Pública não se subsume nele mesmo, o Estado está em um contexto em que o poder que lhe é conferido não deve servir a interesses privados, mas com a qualidade de poder servir à coletividade, porém não se pode afirmar que a teoria alexiana sirva como base para tal construção por não ser observável critérios básicos como conteúdo de tal direito, bem como estrutura normativa e seu modo de aplicação, o que não afasta a possibilidade de uma construção com outro referencial teórico.

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

MEDEIROS, Clayton Gomes de; WACHELESKI, Marcelo Paulo. O direito fundamental à boa administração pública: entre princípio como mandamento de otimização e direito fundamental atribuído. *In: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). Problemas emergentes da Administração Pública. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 571-572. Resumo.

TRANSPARÊNCIA, DEMOCRACIA E CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: OS EFEITOS DA LEI Nº 12.527/2011

CLAYTON GOMES DE MEDEIROS
MARCELO PAULO WACHELESKI

Palavras-Chave:

Transparência. Acesso à informação. Controle da administração pública. Participação. Sociedade civil.

Resumo:

O objetivo desta pesquisa é analisar a aplicação do princípio da transparência na administração pública através da Lei nº 12.527/2011, especialmente no propósito de criar uma cultura de transparência e possibilitar o controle da gestão pública. Considerando a determinação constitucional de publicidade, a transparência na administração e a regulamentação trazida por tal lei, questiona-se a suficiência desse instrumento, bem como os reflexos no controle da administração pública. O art. 3º da Lei nº 12.527/2011 afirma que os procedimentos previstos em seu texto visam a garantir o direito fundamental à informação estabelecendo a publicidade como regra e a divulgação da informação independentemente de solicitações. Verifica-se que no exercício de 2012 houve expressiva utilização da norma como instrumento de acesso à informação pública. Estes dados apontam para predominância de pedidos por pessoas físicas (33.854 solicitações, equivalente a 95%), a par das pessoas jurídicas (1715 solicitações, equivalente a 5%). Apresentam-se dois questionamentos: a) a Lei nº 12.527/2011 será capaz de criar uma cultura da transparência e controle social da administração pública? b) o controle institucional da administração pública apresentará efetivo reforço com a utilização da Lei nº 12.527/2011 pela sociedade civil? Surge a hipótese de que a sociedade desconhece os instrumentos e as instituições incumbidas constitucionalmente do controle da administração pública e mesmo sua legitimidade para obter informações que permitam o exercício desse controle. A confirmação dessa hipótese levaria à conclusão de que tal lei tenderia ao fracasso como suas antecessoras pela falta de cultura da sociedade e de exercício da participação na gestão pública.

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

MEDEIROS, Clayton Gomes de; WACHELESKI, Marcelo Paulo. Transparência, democracia e controle da administração pública: os efeitos da Lei nº 12.527/2011. *In: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). Problemas emergentes da Administração Pública. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 573-574. Resumo.

ACCOUNTABILITY, TEORIA DA AGÊNCIA E O DEVER CONSTITUCIONAL DE PRESTAR CONTAS

DIOLENO ZELLA ZIELINSKI

Palavras-chave:

Prestação de contas. Governança pública. Accountability. Responsividade. Teoria da agência.

Resumo:

O objetivo da proposta consiste em analisar o dever constitucional de prestar contas, consagrado no art. 70, parágrafo único, da Constituição da República de 1988, correlacionando-o com os temas da *accountability* e com a teoria da agência. A prestação de contas é um dever que encontra previsão desde a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que em seu art.15 estabelece: “a sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público sobre sua administração”. Em termos metodológicos, a pesquisa se vale de técnicas de documentação indireta: pesquisa documental (fontes primárias) e estudo bibliográfico (fontes secundárias). Desta forma, busca-se abordar o conceito de *accountability*, identificando-o com a ideia de prestação de contas e de responsividade. Ainda quanto à *accountability*, pretende-se examinar suas dimensões (horizontal e vertical), segundo a proposta teórica de Guillermo O’Donnell. Dar-se-á relevo também à *accountability* societal, um mecanismo de controle social com viés não eleitoral que, a rigor, decorre da própria *accountability* vertical. Com intuito de entrelaçar os conceitos, será incorporada ao trabalho a abordagem sobre a teoria da agência (*agency theory*), uma teoria de natureza contratualista e origem microeconômica, que se traduz nas relações entre principal-agente. Deriva ela dos estudos de Michael C. Jensen e William H. Meckling, particularmente da análise contida no artigo *Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure* (1976). Destarte, a relação de agência corresponde à ideia de contrato, no qual uma das partes (o principal) contrata a outra (o agente) para desempenhar alguma tarefa em seu favor, delegando-lhe a autoridade da tomada de decisões. Na dimensão pública, o principal é identificado pelo cidadão, ao passo que o agente refere-se ao Estado/Administração Pública. Todavia, nesta relação nem sempre os interesses do agente estão em consonância com os interesses do principal. Surge, portanto, um conflito de interesses que, em grande medida, decorre das lacunas de informações existentes entre as partes e que acabam por estimular o

desvio de finalidade por parte do agente. O conflito de interesses somado ao custo da agência (*agency cost*), isto é, o custo para alinhar a atuação do agente aos interesses do principal caracterizam o dilema da agência. Ante todo o exposto, o presente estudo conduz à conclusão de que o dever constitucional de prestar contas pode ser pensado numa perspectiva contratualista, à luz das relações de agência.

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

ZIELINSKI, Dioleno Zella. *Accountability*, teoria da agência e o dever constitucional de prestar contas. In: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). Problemas emergentes da Administração Pública. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. *Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 575-576. Resumo.

HOSPITAIS PÚBLICOS PRECÁRIOS E A INTERVENÇÃO JUDICIAL COMO REMÉDIO ADEQUADO

ELOI PETHECHUST

Palavras-chave:

Hospitais públicos. Serviços públicos. Desenvolvimento. Intervenção judicial. Tutela efetiva.

Resumo:

Diversos hospitais públicos brasileiros apresentam profundos problemas de estrutura e organização, segundo aponta o Relatório Sistêmico de Fiscalização da Saúde, realizado pelo Tribunal de Contas da União (TCU), em hospitais federais, estaduais e municipais em todo o Brasil no ano 2013. De acordo com o relatório do TCU, dos 116 hospitais e prontos-socorros públicos do país, que foram visitados, 64% apresentaram problemas de superlotação, 77% possuem leitos desativados por falta de equipamentos básicos, 48% não detêm instrumentos suficientes para prestação do serviço, 45% apresentam problemas de manutenção de equipamentos, 81% têm como principal problema o déficit no quadro de profissionais e em 63% há constante falta ao trabalho dos profissionais. Diante desse preocupante cenário no sistema público de saúde, a presente pesquisa objetiva averiguar a possibilidade de utilização da intervenção judicial em demandas judiciais cujo escopo seja a imposição à administração pública da adequação da prestação do serviço de saúde em hospitais da rede pública. A intervenção judicial é um instrumento jurídico expressamente previsto no ordenamento jurídico nacional (*v.g.*, Lei Antitruste – art. 102 a 111) e consiste na nomeação de um terceiro, na condição de auxiliar do juízo, como *longa manus* do Poder Judiciário, para que atue na prática de determinada conduta capaz de cumprir ou de fazer cumprir quaisquer mandamentos judiciais voltados contra o devedor ou réu. O magistrado pode transplantar esse instituto de Direito Comercial para as demandas envolvendo hospitais públicos com respaldo no direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXV, da CF/88), com base no art. 461, §5 do CPC, ou com fundamento no poder geral de cautela conferido pelo art. 798 do CPC. A jurisprudência demonstra que a intervenção judicial tem se evidenciado efetiva quando decretada em desfavor de instituições públicas de saúde, como, por exemplo, o caso da Fundação Hospitalar Intermunicipal de Saúde, “Santa Casa de Cianorte”, no Estado do Paraná. A medida interventiva foi decretada visando

que fossem sanadas uma série de irregularidades que possuía o hospital, incluindo a falta de alvará da Vigilância Sanitária. Através da nomeação de um interventor para administrar temporariamente o hospital, o alvará junto à Vigilância Sanitária foi conseguido e foram feitas reformas no Pronto Socorro para adequá-lo às exigências das autoridades sanitárias. Através da investigação científica concluiu-se que a intervenção judicial pode e deve ser utilizada em demandas judiciais envolvendo hospitais públicos que apresentem irregularidades, mostrando-se extremamente efetiva na adequação da estrutura e funcionamentos desses estabelecimentos. A pesquisa utilizou como matriz teórico-metodológica a Análise Econômica do Direito, para avaliar a utilização da intervenção judicial sem outorga expressa da Lei a partir das suas consequências, realizando um diagnóstico sobre o uso dessa ferramenta em hipóteses não enquadradas na lei e suas prováveis implicações, a fim de apontar se essa prática judicial é uma efetiva solução jurídica e pode ser empregada em demandas envolvendo hospitais públicos.

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

PETHECHUST, Eloi. Hospitais públicos precários e a intervenção judicial como remédio adequado. *In: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). Problemas emergentes da Administração Pública. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 577-578. Resumo.

O PROCESSO DE EXECUÇÃO DAS EMPRESAS ESTATAIS E O CASO DA EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS

ELOI PETHECHUST

Palavras-chave:

Desenvolvimento. Empresa. Serviços públicos. Atividade econômica. Regime processual.

Resumo:

Segundo tradicional entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), as empresas estatais estão sujeitas a dois regimes processuais de execução por quantia certa, sendo o critério de escolha – de um ou de outro - a atividade fim que a entidade exerce.

Assim, caso o ente devedor se dedique à função primária dos serviços públicos, terá para si estendidas as prerrogativas processuais da Fazenda Pública, possibilitando a sua execução pelo regime dos precatórios, nos termos dos art. 730 e 731 do Código de Processo Civil (CPC), ao passo que o ente estatal explorador de atividade econômica estará sujeito ao regime de execução comum aos devedores particulares, se submetendo ao disposto no Livro II do CPC. Entretanto, existem no Brasil empresas estatais que exercem ambas as atividades concomitante, como é o caso específico da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, que presta serviço público quando realiza típicas atividades de natureza postal, porém de igual modo explora atividade econômica quando exerce atividades relacionadas a de logística integrada. Ocorre que, o STF, ao analisar qual regime jurídico de execução é aplicável à ECT, simplesmente classificou a entidade como prestadora de serviço público, razão pela qual lhe foi aplicado o privilégio da impenhorabilidade de bens, rendas e serviços, determinando-se observar o regime de precatório. Nesse contexto, a presente pesquisa tem por objetivo questionar o posicionamento exarado pelo STF no tocante ao regime jurídico de execução por quantia certa aplicável às empresas estatais que exercem simultaneamente serviço público e atividade econômica, utilizando como entidade paradigma a ECT. A partir da investigação científica, a resposta jurídica para o problema identificado foi a aplicação à ECT do regime de execução por quantia certa com base no Livro II do CPC, ou seja, com possibilidade de penhora e expropriação de seus bens, porém com certas restrições causadas pela incidência de normas de Direito Público (tal como o princípio da continuidade), sendo permitido, desta forma, a penhora e a expropriação apenas

dos bens que não estiverem afetados à consecução da atividade-fim de serviço postal (serviço público) ou se, ainda que afetados, a penhora não comprometa o desempenho dessa atividade. A solução encontrada guarda amparo na própria jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que em reiterados julgados vem admitindo a penhora de bens de empresas públicas prestadoras de serviço público quando esses bens não comprometam ou não estejam vinculados à atividade fim da entidade (*v.g.* AgRg no REsp: 1070735 RS. Min. Mauro Campbell Marques.; REsp 343.968/SP. Min. Nancy Andrighi).

A pesquisa utilizou como base teórica o método empírico indutivo, por meio do qual foram analisados casos jurisprudenciais análogos, em que o STJ aplicou como regra geral o regime de execução comum às empresas controladas pelo setor privado, porém com restrições à penhora de bens que comprometam ou prejudiquem a sua atividade-fim relacionada à prestação do serviço público.

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

PETHECHUST, Eloi. O processo de execução das empresas estatais e o caso da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. *In: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). Problemas emergentes da Administração Pública. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 579-580. Resumo.

A IMPORTANCIA DO COMPLIANCE PARA AS EMPRESAS QUE OBJETIVAM RELACIONAR-SE COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, SOB O ENFOQUE DA NOVA LEI ANTICORRUPÇÃO

EMERSON GABARDO
GABRIEL MORETTINI E CASTELLA

Palavras-chave:

Corrupção. Compliance. Lei nº 12.846/2013. Empresa. Interesse público.

Resumo:

A pesquisa desenvolvida está sendo realizada no âmbito do Programa de Iniciação Científica da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, com financiamento do CNPq. O projeto tem como substrato a complexidade que envolve o fenômeno da corrupção. A princípio, é comum considerar a corrupção como um evento que resulta de fatores econômicos, sociais, institucionais, políticos e históricos. Diante deste cenário, desencadeou-se um movimento anticorrupção, consistente na concentração de esforços de organismos internacionais em buscar soluções transnacionais de combate à corrupção. Neste contexto, atendendo a compromissos assumidos em convenções da ONU, OEA e da OCDE, a República Federativa do Brasil, em agosto de 2013, aprovou o Projeto de Lei nº 6.826/2010, criando a chamada Lei Anticorrupção empresarial (Lei nº 12.846/2013). A norma em análise internalizou no ordenamento jurídico pátrio um conjunto de medidas transnacionais de combate à corrupção, preventivas e repressivas, reconhecendo a existência de outros mecanismos mais adequados para atingir seus fins, como a estipulação de sanções civis e administrativas às pessoas jurídicas. Entretanto, a aplicação do referido dispositivo ainda depende de regulamentação. O objetivo do projeto é analisar esta conjuntura legislativa, com foco na legislação recentemente editada no Brasil. Diante da referida problematização, buscou-se através do método dialético, com base na doutrina, em leis e artigos, estudar a regulamentação dos programas de *compliance* de acordo com a nova Lei Anticorrupção. Inicialmente, foi realizada uma pesquisa sobre a origem do *compliance*, através da legislação norte americana, com a criação da *Prudential Securities*, em 1950, e com a regulação da SEC de 1960, em que se verificou a finalidade de se criar procedimentos internos de controle e monitoramento

das operações entre pessoas. Depois, foram investigadas as diretrizes para a elaboração de programas de prevenção efetivos. As fontes da pesquisa incluíram doutrina nacional e comparada, sempre a partir de uma forte perspectiva crítica e interdisciplinar. As conclusões ainda são parciais, pois o projeto ainda está em andamento. De início, parece já ser possível concluir que o Brasil carece de legislação específica que contemple, expressamente, o *compliance* nas corporações, estabelecendo parâmetros mais detalhados do que as legislações existentes. O advento de programas de *compliance* não é obrigatório no Brasil. Além disso, as empresas optam pela sua adoção, não estando obrigadas a fazê-lo nos moldes legais vigentes. Em razão da similitude entre a esfera penal e o Direito administrativo sancionador, verificou-se a necessidade da observação, na condução dos processos administrativos, dos princípios gerais do Direito administrativo sancionador. Outra conclusão importante é que somente havendo regulamentação do artigo 7º, inciso VIII, da nova Lei Anticorrupção empresarial, tornar-se-á viável orientar as condutas e os comportamentos das pessoas jurídicas interessadas em contratar com a administração pública. Por conseguinte, auxiliar no combate à corrupção no Brasil, garantindo a eficiência e a proporcionalidade das sanções. Cumprir o disposto no artigo 3º da Convenção Anticorrupção da OCDE é uma tarefa difícil; é um tema que precisa ter seu ambiente de debate ampliado mediante cada vez mais intensas reflexões por parte da Administração Pública, das instituições do mercado e da academia.

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

GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini. A importância do compliance para as empresas que objetivam relacionar-se com a administração pública, sob o enfoque da nova Lei Anticorrupção. In: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). Problemas emergentes da Administração Pública. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. Anais... Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 581-582. Resumo.

PRESUNÇÃO DO *PERICULUM IN MORA* NA DECRETAÇÃO DE INDISPONIBILIDADE DE BENS EM AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: PARA O INÍCIO DE UMA CRÍTICA À JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FELIPE KLEIN GUSSOLI

Palavras-chave:

Improbidade administrativa. Indisponibilidade patrimonial. Cautelar de indisponibilidade. *Periculum in mora*. Presunção.

Resumo:

O presente resumo trata dos requisitos necessários à decretação da cautelar de indisponibilidade de bens do art. 7º da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), especialmente o do *periculum in mora*. A recente publicação da decisão no Recurso Especial nº 1.366.721–BA impõe, em razão da sistemática dos recursos especiais repetitivos do art. 543-C do Código de Processo Civil, a presunção do requisito do *periculum in mora* pelo magistrado quando da apreciação do pedido de indisponibilidade manejado nas ações de improbidade administrativa. O tom crítico do comunicado científico se volta contra a presunção determinada pela jurisprudência agora pacificada do Superior Tribunal de Justiça, responsável pela unificação de interpretação das leis federais. O procedimento metodológico adotado consistiu na pesquisa das decisões daquela Corte, especialmente a partir do ano de 2010, período em que se acirraram as discussões sobre a possibilidade ou não da presunção do requisito do perigo na demora. Ao lado da pesquisa jurisprudencial, procedeu-se breve revisão bibliográfica do tema, destacando as principais posições da doutrina e argumentos contrários e favoráveis ao perigo na demora implícito. Facilmente se constata a divisão doutrinária acerca do tema, com tendência a prevalecer na literatura jurídica os argumentos dos teóricos afetos ao posicionamento mais favorável ao réu, isto é, que veda as presunções. Dessarte, não pode a demora inerente ao processo, nem mesmo a supremacia do interesse público, servirem de fundamento à presunção do *periculum*. Fosse assim, o mero ajuizamento de ações de improbidade significaria o bloqueio patrimonial dos demandados, procedimento este atentatório da presunção de inocência e do devido processo legal, garantias fundamentais

e cláusulas pétreas. Assim, não obstante a obrigatória vinculação dos juízes e tribunais ao entendimento consagrado no Recurso Especial nº 1.366.721–BA (publicado em 19.09.2014), conclui-se pela necessidade de crítica às posições do Superior Tribunal de Justiça quando flagrantemente violadoras dos direitos fundamentais, como é a presunção do *periculum in mora*, na cautelar de indisponibilidade de bens nas ações de improbidade. Deste modo, como forma de insurgência à posição inconstitucional exercida pela jurisprudência, sugere-se que a presunção do perigo na demora nas ações de improbidade seja considerada *relativa*, ou seja, uma presunção *iuris tantum*. Sendo assim, a existência dos requisitos legais necessários à concessão da tutela cautelar sempre admitirá prova em contrário. Em suma, permitirá ao acusado, no exercício do contraditório prévio ou postergado, produzir provas a favor da inexistência de risco ou receio de dilapidação de seu patrimônio.

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

GUSSOLI, Felipe Klein. Presunção do *periculum in mora* na decretação de indisponibilidade de bens em ação de improbidade administrativa: para o início de uma crítica à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. In: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). Problemas emergentes da Administração Pública. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. *Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 583-584. Resumo.

PROCESSO COLETIVO, ACCOUNTABILITY E AUDIÊNCIAS PÚBLICAS

FERNANDA LISSA FUJIWARA HOMMA

Palavras-chave:

Processo coletivo. Accountability. Audiências públicas. Execução coletiva. Medidas estruturantes.

Resumo:

O objeto do presente estudo é uma análise da possibilidade de uma ampliação da participação e da fiscalização da sociedade civil nos processos coletivos. Isso porque o modelo de tutela coletiva mostra-se essencial na proteção dos direitos fundamentais, como uma garantia de acesso à justiça. Por sua própria natureza, busca tutelar direitos cujos titulares não podem ser definidos, ou são coletividades, ou são inúmeros e hipossuficientes (direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos). Nesse sentido, é possível notar que há diversas tentativas no sentido de incluir esses sujeitos no processo, buscando uma abertura à participação da sociedade civil organizada. Trata-se de concretizar o conceito de *accountability*, materializado na possibilidade de controle e responsividade das instituições com a população. Um dos meios mais utilizados para possibilitar isso é através das audiências públicas, que estão previstas tanto no âmbito do Legislativo, quanto no Executivo e no Judiciário. No Judiciário, o foco da pesquisa, o exemplo mais famoso é sua utilização no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Entretanto, percebe-se que as audiências públicas, na maioria das vezes, são convocadas devido à complexidade técnica do tema em pauta e, nos moldes como são conduzidas, não são capazes de proporcionar um debate plural e aberto; na realidade, são mais usadas como um meio de legitimação das decisões pelos ministros. Ressaltadas as devidas diferenças entre o sistema de controle de constitucionalidade e o processo coletivo, importa destacar algumas experiências das audiências públicas relacionadas a ações civis públicas. Também, nos processos coletivos, percebe-se que as audiências são convocadas mais com o intuito de oferecer informações tanto ao magistrado, quanto à população, mas sem muito espaço para uma efetiva participação social. Assim, é possível constatar que as audiências públicas na fase de cognição não se prestam a uma efetiva abertura e exercício da *accountability* pela sociedade civil. Voltam-se os olhos à execução que, no Brasil, é extremamente problemática e ineficaz; isso se torna mais crítico quando

se trata da execução de sentenças coletivas. Nisso, há a possibilidade das medidas estruturantes (*structural injunctions*) que são um instrumento apto para implementação de decisões que demandam uma execução continuada, com a possibilidade de sua adequação conforme as necessidades forem aparecendo. Entretanto, ao mesmo tempo também necessitam de um devido controle dos atos do magistrado. Assim, apresenta-se a possibilidade das audiências públicas, com efetiva participação da sociedade civil na fase de execução do processo, de modo que parece possível, portanto, pensar nas audiências públicas como um instrumento apto – ainda que não perfeito – para uma abertura à participação social na execução de processos coletivos.

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

HOMMA, Fernanda Lissa Fujiwara. Processo coletivo, *accountability* e audiências públicas. In: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). Problemas emergentes da Administração Pública. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. *Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 585-586. Resumo.

LICITAÇÃO TORNANDO-SE EXCEÇÃO NO DIA A DIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

FERNANDA RODRIGUES DE SOUZA E SILVA

Palavras-chave:

Administração pública. Licitação. Regra. Contratação direta. Exceção.

Resumo:

O presente trabalho tem como finalidade precípua a compreensão e a solução do problema de pesquisa encontrado no questionamento sobre: como a contratação direta vem se tornando regra na administração pública em detrimento do procedimento de licitação? Além disso, objetiva-se aprofundar e trazer à tona o motivo pelo qual o procedimento licitatório está cada vez mais perdendo espaço no dia a dia da Administração, mesmo sendo consagrado constitucionalmente como a regra para os casos em que o Poder Público deseja contratar com particulares. Para isso, os enfoques e as abordagens foram no sentido de analisar e de questionar as regras procedimentais estabelecidas na Lei de Licitações de modo a buscar respostas para a utilização cada vez mais frequente dos procedimentos previstos na própria legislação como exceções à regra licitatória, vislumbrando os aspectos práticos, teóricos e burocráticos que as diferencia das modalidades licitatórias. Para alcançar essa finalidade, o procedimento metodológico utilizado para a realização do trabalho foi o método hipotético-dedutivo, que tem início com a percepção de uma lacuna nos conhecimentos. Em seguida, formula-se uma hipótese e, pelo processo dedutivo, testa-se a predição da ocorrência de fenômenos chegando-se a uma conclusão. Portanto, o tipo de pesquisa empregado neste trabalho foi a pesquisa bibliográfica, que buscou explicar através de fontes bibliográficas o problema que envolve o tema em estudo, verificando-o desde a sua origem legislativa até o ponto atual em que a regra se confunde com a exceção, com foco principal na preferência cada vez mais acentuada em relação aos procedimentos de dispensa e de inexigibilidade, utilizando a análise documental para alcançar tais finalidades. Desse modo, chegou-se à conclusão de que devido às formalidades exigidas pelo procedimento comum de licitação, este vem perdendo espaço no âmbito da Administração, demonstrando que as contratações diretas estão sendo preferidas, porque são mais simples e céleres, podendo-se até dizer, que devido à tal facilidade, estão sendo mal utilizadas pelos Administradores Públicos, que não conseguem realizar um planejamento eficiente das necessidades da entidade e,

por isso, é cada vez mais frequente a tentativa de se encaixar nas hipóteses de dispensa e de inexigibilidade situações que, se previstas no momento oportuno, possibilitariam a realização de um regular procedimento licitatório, evitando problemas corriqueiramente enfrentados pelos Tribunais de Contas, tais como fracionamento de despesa, mau uso do enquadramento das hipóteses em emergenciais e a falta da devida justificativa dos preços contratados. Por todo o exposto, forçoso convir que algumas adequações precisam ser efetivadas na Lei de Licitações para torná-la mais simplificada e mais adequada às necessidades práticas do Administrador Público.

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

SILVA, Fernanda Rodrigues de Souza e. Licitação tornando-se exceção no dia a dia da administração pública. *In*: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). Problemas emergentes da Administração Pública. *In*: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. *Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 587-588. Resumo.

CARREIRAS TÍPICAS DE ESTADO, REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL E MELHORIA DA QUALIDADE DO GASTO PÚBLICO

FERNANDO FERREIRA CALAZANS

Palavras-chave:

Previdência. Servidor público. Regime jurídico. Alteração legal. Gasto público.

Resumo:

Este artigo foi elaborado a partir de parte de pesquisa desenvolvida junto à Escola de Administração Fazendária, no âmbito do Fórum Fiscal dos Estados Brasileiros, edição 2013, promovido pelo Ministério da Fazenda, e que, devido ao seu aspecto inovador-propositivo, merece ser divulgado. O que se espera, com sua publicação, é permitir aos entes subnacionais promoverem a melhoria da qualidade do gasto público e a obtenção do ajuste fiscal, mediante a reforma do sistema previdenciário dos seus servidores públicos com base na natureza da atividade por eles desenvolvida. Muito se tem discutido sobre a necessidade de se promover a melhoria na qualidade do gasto público, especificamente no que se refere ao gasto previdenciário. Nessa seara, as ideias reformistas referem-se comumente a aspectos fiscais necessários ao reequilíbrio dos Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS). Estados e municípios têm revisto os regimes de financiamento de seus RPPS mediante a capitalização de seus recursos financeiros com base na segregação de segurados, de forma a buscar a sua sustentabilidade. Outros têm criado o regime complementar de previdência como forma de aliviar as despesas oriundas do aumento da expectativa de vida dos servidores. Diante desse contexto, este artigo apresenta proposta de alteração normativa infraconstitucional para a previdência dos servidores públicos, com vistas a permitir a melhoria da qualidade do gasto público. Primeiro, será explicitada a competência legislativa dos entes para disporem sobre criação e extinção de seus cargos ou empregos públicos e sobre o regime jurídico de trabalho de seus agentes. Depois, será apresentada a classificação de agentes públicos proposta pela literatura jurídica e analisados os setores do Estado tipificados pelo Plano Diretor de Reforma do Aparelho de Estado, como forma de subsidiar o debate sobre que tipo de agente público deveria ser titular de cargo efetivo, dotado de certas prerrogativas e vantagens, como a garantia da

estabilidade funcional e a previdência própria. Reconhecido que apenas os servidores que exercem atividades exclusivas de estado deveriam ser titulares de cargo efetivo, a proposição da tipologia de quais deveriam ser amparados por RPPS será desenvolvida tomando-se por base a realidade empírica do Poder Executivo Federal. Serão apurados, exemplificativamente, os cargos federais que exercem tarefas exclusivas de estado. Em seguida, serão apresentados quais tipos de servidores deveriam ser titulares de cargo efetivo, levando-se em conta a natureza das tarefas que lhes são atribuídas e, por via reflexa, quais deveriam ser amparados por RPPS, exclusivo para titulares de cargo de provimento efetivo. Os resultados demonstram ser possível que os estados e municípios podem, mediante lei, alterar o regime de pessoal de forma a restringir o acesso a cargos efetivos aos servidores que exerçam atividades exclusivas de estado e, por conseguinte, reduzir a quantidade de servidores amparados por RPPS, reservando aos demais servidores estatais o regime de trabalho celetista e o sistema geral de previdência social.

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

CALAZANS, Fernando Ferreira. Carreiras típicas de Estado, regime próprio de previdência social e melhoria da qualidade do gasto público. *In: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). Problemas emergentes da Administração Pública. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 589-590. Resumo.

REGULAÇÃO DA PREVIDÊNCIA NO SERVIÇO PÚBLICO BRASILEIRO: AVANÇOS, LIMITAÇÕES E PROPOSTAS

FERNANDO FERREIRA CALAZANS
MARCELO ABI-RAMIA CAETANO

Palavras-chave:

Regulação. Previdência. Serviço público. Autorregulação. Controle social.

Resumo:

Muito se tem pesquisado sobre a regulação do mercado, especialmente na área dos serviços públicos de telecomunicações, educação e saúde, não havendo estudos sobre a regulação da política de previdência social no Brasil, especialmente a dos servidores públicos. Este artigo tem por finalidade analisar a regulação da política de previdência dos servidores públicos no Brasil, desenvolvida pelo Ministério da Previdência Social (MPS) e executada por quase dois mil regimes próprios de previdência social (RPPS) existentes no país, bem como registrar seus avanços e limitações, além de apresentar propostas para uma coordenação mais efetiva da política previdenciária dos servidores públicos, ante a jovialidade da sua regulação, iniciada em 1998, com a publicação da Lei nº 9.717 e da Emenda Constitucional nº 20. Para tanto, após introdução, o trabalho situa o leitor na literatura que trata da regulação e aponta a estrutura normativa que regula as atividades dos RPPS. Em seguida, registra apontamentos sobre os avanços e limitações da regulação dessa política. Como resultado, observou-se que a regulação contemporânea pode ocorrer de três formas: autorregulação, regulação social e regulação estatal – esta, subdividida entre incentivos positivos (premiações, incentivos e busca pela simetria informacional) e negativos (constrangimentos e punições). A forma de regulação dos RPPS, atualmente desenvolvida pelo MPS, limita-se à espécie de regulação estatal e prevê somente incentivos negativos. Características como a grande quantidade de RPPS, a ausência de uma agência reguladora autônoma, a dimensão territorial do país e a limitada estrutura administrativa dos órgãos de controle estatal diminuem, em certa medida, a eficácia da regulação do setor. Constatou-se que a política regulatória dos RPPS surgiu em 1998, com a primeira onda de reforma previdenciária, trazida pela Lei nº 9.717 e pela EC nº 20. Observou-se, ainda, processo lento e gradual de desenvolvimento das instituições do setor, devido às mudanças no ambiente organizacional, as quais se derivaram da necessidade de restabelecimento do equilíbrio

financeiro e atuarial dos RPPS, que vinham pressionando as contas públicas do país. Diante da grande quantidade de RPPS, da dimensão territorial do país e da necessidade de se promover ajustes à atual política regulatória do setor, foi proposta a instituição de instrumentos regulatórios que visem ao incentivo e reforcem a disseminação da informação e do conhecimento, bem como privilegiem ferramentas de autorregulação e de controle social, em complementação aos atuais mecanismos de constrangimento e sanção desenvolvidos pela União Federal, por meio do Ministério da Previdência Social, como forma de buscar uma coordenação mais efetiva dos RPPS. Recomenda-se, contudo, que, antes da criação de novos mecanismos regulatórios, os seus custos e benefícios sejam ponderados. Por fim, recomenda-se que estudos futuros enfatizem certas áreas da regulação previdenciária, tais como as razões que levam os entes federados a reverem o plano de custeio dos seus regimes de previdência, a relação entre as formas de controle e fiscalização do MPS e os resultados que vêm sendo obtidos, além da necessidade de incentivar e garantir a efetiva participação dos servidores públicos e da sociedade, tanto no acompanhamento da gestão dos RPPS, quanto no seu controle.

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

CALAZANS, Fernando Ferreira; CAETANO, Marcelo Abi-Ramia. Regulação da previdência no serviço público brasileiro: avanços, limitações e propostas. *In*: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). Problemas emergentes da Administração Pública. *In*: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. *Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 591-592. Resumo.

RELAÇÕES ENTRE A LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO E O DECRETO QUE INSTITUI A POLÍTICA NACIONAL DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL: A IMPLEMENTAÇÃO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

ÉRICO PRADO KLEIN
GABRIEL MORETTINI E CASTELLA

Palavras chave:

Transparência. Democracia participativa. Controle; Fiscalização.

Resumo:

A pesquisa desenvolvida foi realizada tendo como substrato a grande movimentação social e doutrinária no sentido de que se fomenta um espaço democrático mais consistente nas relações entre Estado e sociedade, inspirando a participação ativa dos cidadãos, baseada principalmente na transparência. Desse modo, objetiva-se demonstrar que o avanço do Brasil no aperfeiçoamento da gestão pública não se restringe à mera criação de leis, mas sim, à real aplicabilidade das normas. Sendo assim, a efetividade da Lei de Acesso à Informação (LAI) se fortalece com a presença de instrumentos de participação cidadã, como o Decreto nº 8423/2014, que instituiu a Política Nacional de Participação Social, assim permitindo a discussão de políticas públicas a serem implementadas, bem como a fiscalização de sua executoriedade. O que se pretende é demonstrar a importância da criação de estruturas que incentivem a participação da sociedade civil por meio do mencionado Decreto, com a guarida fornecida pela Lei de Acesso à informação. Diante da referida problematização, buscou-se através do método dialético, com base na doutrina, leis e artigos, analisar a Lei de Acesso à informação como instrumento para a efetivação da Democracia, visando à qualificação das vontades geradas no seio da sociedade civil e das associações entre as pessoas. Primeiramente, foi realizada uma pesquisa sobre as circunstâncias internacionais que motivaram a criação da Lei de Acesso à Informação através da análise de tratados e convenções das quais o Brasil é signatário, onde se verificou a finalidade de criar instrumentos para promover a transparência pública e a participação social nas ações governamentais a serem adotadas pelos Estados Partes. Seguidamente, perquiriu-se os princípios norteadores da Lei de Acesso à Informação, bem como a análise do Decreto nº 8.423/2014 e

da Lei nº 12.527/2011. As fontes da pesquisa incluíram doutrina nacional e comparada, sempre a partir de uma forte perspectiva crítica e interdisciplinar. Inicialmente, quer parecer que a Lei de Acesso à Informação e o Decreto que incita a participação popular são instrumentos essenciais ao desenvolvimento Democrático nacional ao propiciar a qualificação das manifestações pela informação (transparência do Estado), bem como a manifestação organizada dos setores diretamente interessados em certas medidas, inclusive guarnecendo as minorias e facilitando o controle e a fiscalização da atuação estatal. Confirma-se a tendência de Estados democráticos criarem legislações que garantam ao cidadão o mais próximo do pleno conhecimento das ações de governo ao permitir a avaliação da relação entre a aplicação quantitativa dos recursos e os benefícios adquiridos pela sociedade. Por conseguinte, percebe-se que o direito à prestação de informações – embora decorrência expressa da letra da Lei nº 12.527/2011, bem como de direitos fundamentais cristalizados constitucionalmente, não está bem delimitado. Assim, ao alçar o cidadão na condição de controlador e acompanhador da atividade administrativa, a LAI estabeleceu um novo pressuposto da democracia moderna, a transparência da administração pública. Desse modo, o tema precisa ter seu ambiente de debate ampliado mediante cada vez mais intensas reflexões por parte da Administração Pública, dos organismos de representação popular e da academia.

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

KLEIN, Érico Prado; CASTELLA, Gabriel Morettini. Relações entre a Lei de Acesso à Informação e o decreto que institui a política nacional de participação social: a implementação da Democracia Participativa. In: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). Problemas emergentes da Administração Pública. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. *Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p.593-594. Resumo.

O NOVO INTERESSE PÚBLICO

HENRIQUE LIMA QUITES

Palavras chave:

Institucionalismo. Escolha racional. Patrimonialismo. Reformas administrativas. Terceiro setor.

Resumo:

O presente artigo investiga a dificuldade do rompimento com a herança patriarcal-patrimonial brasileira, que se traduz na manutenção dos privilégios de uma classe dominante, aqui identificada na forma daquela que concebe a plataforma pública como se fosse um ambiente particular. Por meio da pesquisa bibliográfica, evidencia-se a fragilidade do processo histórico no qual as bases publicistas foram sendo construídas no Brasil desde os tempos da colonização até seus reflexos na contemporaneidade com a promulgação do marco regulatório do Terceiro Setor – Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014. Com fulcro em parâmetros institucionalistas e na teoria da Escolha Racional, formou-se o pressuposto de que os agentes políticos são racionais e, por isso, perseguidores de interesses egoístas. Nesse cenário, o ambiente público nada mais seria que um campo onde a prática da corrupção tenderia a prevalecer em detrimento à consecução do interesse coletivo. Com a crença de que as entidades do Terceiro Setor trariam consigo o “novo” interesse público a partir de um parâmetro de racionalidade diferenciado, ferramentas discricionárias prevaleceram sob a impessoalidade burocrática assentando ainda mais a personalidade privada dessas organizações sem fins lucrativos. Em contraponto, controles devem ser modernizados ao invés de afastados, respeitando um mínimo de burocracia estruturadora. E o olhar para a trajetória histórica ou para o viés utilitarista da mente humana deve ser encarado de forma a produzir formulações de arranjos políticos condizentes com um gerenciamento adequado às especificidades publicistas. Assim como é possível visualizar benefícios advindos de ferramentas empresariais aplicadas na gestão pública, também é possível e necessário observar os balizamentos de caráter burocrático que muitas vezes são impostos, especialmente para o assentamento de uma eficiência ética, que sempre deverá preceder a recepção de novos modelos. Tal eficiência será responsável por arquitetar uma dimensão institucional que terá como pressuposto a nítida distinção entre as esferas pública e privada.

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

QUITES, Henrique Lima. O novo interesse público. *In*: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). Problemas emergentes da Administração Pública. *In*: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. *Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 595-596. Resumo.

O SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE COLETIVO E O PASSE LIVRE

HUGO JESUS SOARES

Palavras-chave:

Serviço público. Transporte coletivo urbano. Direito social fundamental. Destarificação. Princípio da reserva do possível.

Resumo:

O presente artigo visa analisar a questão da destarificação no transporte coletivo urbano, cujo grande desafio reside na disponibilidade de recursos. Ainda que seja um serviço público de amplo conteúdo econômico, frequentemente delegado à iniciativa privada (CF, art. 175), deve respeitar os princípios administrativos da continuidade e da modicidade, em razão de sua essencialidade (CF, art. 30, V). Ainda, deve assegurar o princípio da dignidade da pessoa humana, pelo qual se extrai o fundamento para que o serviço não seja descontinuado por inadimplência do usuário, pois são valores que se sobrepõem ao direito de crédito do prestador do serviço. O princípio da dignidade da pessoa humana está intimamente ligado ao mínimo existencial e, este, enquanto substrato material daquele, determina que todo cidadão tem direitos que o levem a gozar efetivamente de sua existência física, espiritual e intelectual. Sua fundamentalidade é percebida tanto pela sua própria atividade em si, quanto por ser um elo de realização com vários outros direitos fundamentais, como a saúde e a educação, o que também obriga o concessionário a colocar à disposição um serviço público adequado (nos termos do artigo 6º, da Lei Federal nº 8.987/1995) e que objetive à universalização. Ao Estado compete estabelecer políticas públicas que concretizem os princípios fundamentais da República social do Brasil, o que inclui discriminar positivamente os usuários a partir do princípio da igualdade material. Em caso de omissão do poder público em criar tarifas isonômicas, sociais ou diferenciadas, especialmente destinadas aos reconhecidamente carentes, é assegurado ao cidadão o direito de reclamação à Administração Pública e o direito de petição ao Poder Judiciário. Entretanto, segundo o princípio da reserva do possível, somente se pode esperar do Estado aquilo que – racional e proporcionalmente – ele pode prestar em matéria de serviço público, o que vem impor severos limites à gratuidade da tarifa do transporte. Com efeito, não basta demonstrar a obrigação do Estado em prestar o serviço público graciosamente, é necessária uma análise

econômica do Direito que respeite o paradoxo do mínimo existencial e da reserva do possível. A questão problematizada, portanto, parte do reconhecimento jurídico da eficácia da destarificação, e passa à uma análise de viabilidade econômica da isenção das tarifas pela utilização do serviço. A solução imediata que respeitaria o antagonismo de tais postulados seria a chamada “tarifa social”, tal qual já existente para a energia elétrica (prevista na Lei nº 12.212/2010), em que parcelas mais pobres da sociedade são beneficiadas por diminuições nos preços das tarifas e, caso demonstrado que realmente não consigam pagar nem mesmo a tarifa social, podem ser completamente isentados.

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

SOARES, Hugo Jesus. O serviço público de transporte coletivo e o passe livre. *In*: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). Problemas emergentes da Administração Pública. *In*: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. *Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 597-598. Resumo.

MODIFICAÇÃO DE PRECEDENTES E A PROTEÇÃO À CONFIANÇA LEGÍTIMA

JOAQUIM ANTÔNIO MURTA OLIVEIRA PEREIRA

Palavras-chave:

Precedentes. Confiança legítima. Modificação. Controle externo. Poder judiciário.

Resumo:

A proteção à confiança apresenta conteúdos subjetivo e objetivo. Em sua natureza objetiva, a proteção à confiança diz respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, enquanto a natureza subjetiva diz respeito à proteção da confiança das pessoas quanto às condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de atuação. Em uma sociedade complexa como a contemporânea, as decisões emanadas do Estado, seja por meio do Judiciário, do Legislativo, do Tribunal de Contas, do Ministério Público, etc., ganham força, pois servem como instrumento de redução da complexidade, orientando o particular na tomada de decisões. É a partir da existência de precedentes que estabilizaram relações e criaram a expectativa de que uma vez presentes determinadas condições a conduta será considerada lícita/ilícita, que incide o princípio da proteção à confiança legítima, no que concerne aos futuros julgamentos sobre a mesma matéria. Todavia, isso não significa a impossibilidade de mudança no entendimento. O que não se pode olvidar são as consequências decorrentes das condutas induzidas pelos precedentes. A modificação do entendimento, por exemplo, de um tribunal acerca de determinada matéria conclama uma profunda fundamentação sobre os argumentos deduzidos no *leading case*. Quando se concorda com o posicionamento adotado por um tribunal em determinado caso e se pretende utilizar a mesma fundamentação em outro, é comum fazer referência à fundamentação utilizada no julgado precedente. Pela mesma razão, quando se pretende alterar o entendimento do tribunal em relação à determinada matéria, esta nova posição deve ser confrontada com os precedentes, a fim de justificar a modificação e para possibilitar a reflexão acerca das consequências delas advindas. Há de se ter em mente que, diferente da norma decorrente do Poder Legislativo, marcada pela generalidade, impessoalidade, abstração, a norma decorrente de decisões, seja do Poder Judiciário, seja do Tribunal de Contas, seja do Ministério Público ou de qualquer órgão público, carrega conteúdo normativo que, embora restrito às partes envolvidas, traz a norma geral legislativa para o plano fático, concreto. A norma legislativa antecipa

as condutas e prevê sanções. A norma decorrente das diversas decisões dos órgãos públicos determina em quais condições a norma legislativa é aplicável. Desse modo, para a mudança de entendimento anteriormente adotado deve-se analisar: (I) modificação legislativa relacionada ao tema; (II) elementos fáticos que afastem a incidência dos precedentes; (III) condutas induzidas pelos precedentes do próprio órgão. Se a legislação não foi alterada e se no plano fático não houve conduta diversa daquelas que embasaram os precedentes, não há suporte para uma alteração na modificação de entendimento, pois haveria violação ao princípio da confiança legítima. A mudança de entendimento anteriormente adotado ganha relevância quando se está diante de atos sujeitos ao poder punitivo estatal, devendo os órgãos de controle externo e o próprio Poder Judiciário avaliarem de que forma os precedentes induziram determinadas condutas.

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

PEREIRA, Joaquim Antônio Murta Oliveira. Modificação de precedentes e a proteção à confiança legítima. *In*: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). Problemas emergentes da Administração Pública. *In*: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. *Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 599-600. Resumo.

PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS: IRRETROATIVIDADE E SEGURANÇA JURÍDICA, O CASO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

JOAQUIM ANTÔNIO MURTA OLIVEIRA PEREIRA

Palavras-chave:

Tribunal de contas. Prescrição. Pretensão punitiva. Irretroatividade. Segurança jurídica.

Resumo:

O ordenamento jurídico brasileiro consagra como regra, a prescritibilidade das pretensões, sendo a imprescritibilidade exceção. Corolário, a Constituição do Estado de Minas Gerais é expressa ao determinar a aplicação dos institutos da prescrição e da decadência no âmbito das competências do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais – TCEMG. Entretanto, até o advento da Lei Complementar Estadual nº 120, de 15 de dezembro de 2011, que incluiu os arts. 110-A a 110-I à Lei Complementar Estadual nº 102/2008 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas), perdurou omissão legislativa quanto à regulamentação da prescrição da pretensão punitiva do Tribunal de Contas. Durante o período de omissão legislativa, à luz do entendimento do Supremo Tribunal Federal - STF - e do Superior Tribunal de Justiça – STJ – dever-se-ia aplicar, por analogia e em obediência ao princípio da igualdade, o prazo prescricional de cinco anos, previsto nas diversas leis de direito público. Todavia, a aplicação do prazo prescricional quinquenal não era pacífico no âmbito do TCEMG e, com a edição da Lei Complementar Estadual nº 120/2011, o TCEMG passou a aplicar retroativamente as causas interruptivas da prescrição criadas por esse diploma legal. Recentemente, foi publicada a Lei Complementar Estadual nº 133/2014 que acresceu o art. 118-A à Lei Orgânica do TCEMG, regulamentando a prescrição para os atos anteriores à Lei Complementar Estadual nº 120/2008. Verifica-se que o art. 118-A concede efeitos retroativos às causas interruptivas da prescrição criadas pela Lei Complementar Estadual nº 120/2011, pois determina a utilização dessas causas para os processos anteriores a 15 de dezembro de 2011. Ao dar efeitos retroativos às causas interruptivas da prescrição, a Lei Complementar Estadual nº 133/2014 violou o princípio da segurança. Observa-se que, diante da omissão legislativa quanto à regulamentação da pretensão punitiva do TCEMG, que perdurou até o advento da Lei Complementar nº 120/2011, havia, com base no entendimento pacífico do STF

e do STJ, expectativa legítima de que a prescrição da pretensão punitiva do TCEMG ocorreria em cinco anos contados da data do fato. O art. 118-A da Lei Complementar nº 102/2008, ao dar efeitos retroativos às causas interruptivas da prescrição, dilata o prazo prescricional para o exercício da pretensão punitiva do TCEMG, acarretando violação ao princípio da segurança jurídica. Infere-se ainda que, no tocante à prescrição da pretensão punitiva dos Tribunais de Contas, deve ser observado o disposto no art. 5º, XL, da CR/88, que veda a aplicação retroativa da lei penal, salvo para beneficiar o réu. Embora as sanções que podem ser aplicadas pelos Tribunais de Contas não se confundam com sanções de natureza criminal, o art. 5º, XL, da CR/88 consagra direito fundamental frente à aplicação do poder punitivo estatal.

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

PEREIRA, Joaquim Antônio Murta Oliveira. Prescrição da pretensão punitiva dos Tribunais de Contas: irretroatividade e segurança jurídica, o caso do Estado de Minas Gerais. In: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). Problemas emergentes da Administração Pública. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. *Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 601-602. Resumo.

PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA NA ÁREA DA EDUCAÇÃO PÚBLICA: UMA ANÁLISE JURÍDICA DA ATRIBUIÇÃO DA GESTÃO PEDAGÓGICA AO PARTICULAR

LIZANDRA CORREIA BOLIVAR

Palavras-Chave:

Parceria público-privada. Serviço público. Educação pública. Gestão pedagógica. Parcerias com o setor privado.

Resumo:

Passadas mais de duas décadas da promulgação da Carta Magna de 1988, o Estado brasileiro ainda não foi capaz de garantir o acesso efetivo dos direitos sociais a todos os cidadãos devido a diversos fatores, como, por exemplo, o quadro de escassez de recursos. No intuito de recuperar a sua capacidade de prover infraestrutura para prestar serviços públicos com eficiência, o poder público passou a intensificar suas interações com o setor privado, destacando-se, pois, as parcerias firmadas pela administração pública com os particulares. Com a promulgação da Lei nº 11.079/2004, Lei das PPPs, houve uma ampliação do cardápio de opções para o Estado adequar seus projetos e políticas públicas, sendo cabível a PPP na modalidade administrativa na área da educação pública. A pesquisa, com base nos princípios constitucionais e em legislação atual, busca discutir a viabilidade de atribuir ao parceiro privado atividades inerentes à *gestão pedagógica* de unidades de ensino público, por meio de concessão administrativa, partindo-se da premissa de que essa gestão é um *processo* que demanda no mínimo duas fases, quais sejam: *planejamento* e *execução*. Ao utilizar o método de investigação analítico-bibliográfico, com a coleta e a análise de dados de publicações diversas a respeito do tema, além da análise das fontes primárias e dos comentaristas relevantes, o estudo conclui que as atividades relacionadas ao *planejamento* e à *execução* das ações pedagógicas nas unidades públicas de ensino são indelegáveis e não podem ser objeto do contrato de PPP. Ademais, analisa-se o paradigma de PPP na educação pública implantado recentemente pela prefeitura de Belo Horizonte, Minas Gerais, o qual excluiu taxativamente da contratação as atividades relacionadas ao processo de ensino-aprendizagem. Constata-se que a pioneira PPP na educação de BH já apresenta dados satisfatórios quanto ao efetivo aumento do número de vagas disponibilizadas

na seara da educação infantil e que há falta de vontade política de outros entes da federação no sentido de implantar programas de governo que abarquem o modelo de PPP prevista na Lei nº 11.079/04 como meio significativo para alavancar os investimentos em infraestruturas públicas e projetos de interesses sociais e educacionais.

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

BOLIVAR, Lizandra Correia. Parceria Público-Privada na área da educação pública: uma análise jurídica da atribuição da gestão pedagógica particular. *In*: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). Problemas emergentes da Administração Pública. *In*: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. *Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 603-604. Resumo.

FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE: RETOMADA HISTÓRICA E CRÍTICA DE SEUS FUNDAMENTOS LIBERAIS

LUASSES GONÇALVES DOS SANTOS

Palavras-chave:

Função social da propriedade. Fundamento econômico-produtivo. Discurso social. Proeminência econômica.

Resumo:

A questão tratada diz respeito à compreensão da função social da propriedade enquanto instituto político, jurídico e econômico, na medida em que paira sobre ele uma compreensão comum de instrumento normativo capaz de mitigar injustiças sociais, quando não se observam resultados práticos no mesmo sentido, em especial na realidade brasileira. Com o intuito de esmiuçar quais as razões desta discrepância, verificam-se as raízes históricas da funcionalização, demandando, primeiramente, a realização de uma digressão histórica em relação ao surgimento e ao desenvolvimento da noção de propriedade privada até a consolidação da forma moderna de apropriação. Adiante, apontam-se como as mutações do conceito de propriedade privada se comportaram no Brasil, onde as mudanças de mentalidade seguiram um rito próprio, não obstante dependente do modelo eurocêntrico, dando origem a uma estrutura fundiária baseada no latifúndio. Formulando a inspeção histórica das formas de limitação do direito de propriedade privada, chega-se às previsões modernas de constrição da propriedade, destacando-se, normativamente, a consagração da função social da propriedade com a emergência do Estado social. Porém, resta demonstrado que a teoria de funcionalização da propriedade privada dos meios de produção surge ainda na metade do século XIX, com Stuart. Mill e Auguste Comte, cujo objetivo teórico era a manutenção do sistema capitalista frente a vulnerabilidades criadas em razão de seus próprios fundamentos liberais, a partir de uma submissão do direito de propriedade aos anseios da coletividade. As contradições resultantes do liberalismo determinam a emergência do Estado social, constituindo-se no momento oportuno para que a funcionalização da propriedade deixasse o campo da teoria e adentrasse na seara normativa, como forma de reafirmação da apropriação privada pela classe proprietária dos bens de produção, porém, envolto por um discurso social persuasivo. No Brasil, a funcionalização é incluída constitucionalmente, tendo

no discurso social seu principal alicerce teórico, como exacerbado pela doutrina, e na preocupação econômica produtiva sua sustentação prática. Observando-se a redação da Constituição Federal de 1988 e a prática administrativa, denota-se que o viés econômico da função social da propriedade é que se sobressai, ficando o discurso social preso à retórica. As transformações sociais que se relacionam com a estrutura de apropriação privada, como a Reforma Agrária, não podem depender da função social, pois se trata de instituto que intervém no direito de propriedade, primordialmente, para atender aos anseios de cunho econômico-produtivo.

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

SANTOS, Luasses Gonçalves dos. Função social da propriedade: retomada histórica e crítica de seus fundamentos liberais. *In*: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). Problemas emergentes da Administração Pública. *In*: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. *Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 605-606. Resumo.

O ESTADO EM REDE NA LÓGICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO VIVO

LUCIANA MORAES RASO SARDINHA PINTO
MARIA ISABEL ARAÚJO RODRIGUES

Palavras-chave:

Governança. Direito administrativo vivo. Estado em rede. Paulo Neves de Carvalho. Participação democrática.

Resumo:

O presente artigo tem por objetivo analisar de que maneira o Estado em Rede, correspondente à terceira fase do Choque de Gestão, adotado pelo Governo do Estado de Minas Gerais, concretiza a lógica do Direito Administrativo vivo, levando ao diálogo e a democratização da atuação pública.

O Estado em rede constitui expressão disseminada por Castells (1999) e caracteriza-se pela integração de órgãos e entidades no desempenho de políticas públicas, o que assegura difusão do poder decisório, participação democrática e transparência. A expressão “Direito Administrativo vivo”, por sua vez, ficou célebre nos ensinamentos do Professor Paulo Neves de Carvalho, e foi utilizada para definir o Direito que se faz aberto, consciente dos valores sociais em voga, não limitado à “letra fria da lei”. Para o desenvolvimento deste artigo, utilizou-se pesquisa bibliográfica e documental, notadamente análise de manifestações orais feitas pelo Professor Paulo Neves de Carvalho, que compõem o acervo material do Núcleo de Referência à Memória do Professor Paulo Neves de Carvalho, instituído por força do Decreto Estadual nº 45.937, de 23 de março de 2012, no âmbito da Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho. As conclusões do estudo apontam para a existência de uma relação conceitual intrínseca entre a formulação do Estado em Rede e a concepção de Direito Administrativo vivo que advém, naturalmente, da conjunção entre o corpo técnico responsável pela elaboração e implementação do Estado em Rede, no âmbito da Reforma Administrativa em Minas Gerais e a Escola Mineira de Administração Pública, da qual Paulo Neves é pai fundador. De maneira distinta à maioria das reformas administrativas brasileiras, aquela empreendida recentemente no Estado de Minas Gerais procurou dar um passo para além do fiscalismo e das mudanças na forma do Estado. Mais do que isso, o Estado em Rede, assimila e difunde uma nova concepção de Direito Administrativo, a

qual se atém à ideia força de que a participação da sociedade civil não deve se limitar aos tradicionais mecanismos de representação política. Ampliam-se, dessa forma, as possibilidades de interação entre Estado e cidadão, com a divisão de responsabilidades da parte do primeiro e o consequente empoderamento do último.

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

PINTO, Luciana Moraes Raso Sardinha; RODRIGUES, Maria Isabel Araújo. O Estado em rede na lógica do Direito Administrativo vivo. *In*: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). Problemas emergentes da Administração Pública. *In*: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. *Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 607-608. Resumo.

CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO: REGULAÇÃO ESTATAL PELAS LICITAÇÕES PÚBLICAS E PELOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

LUCIANO ELIAS REIS

Palavras-chave:

Ciência. Tecnologia. Inovação. Licitação. Contratos administrativos. Regulação.

Resumo:

A premente necessidade de reforma do Estado diante da globalização tem desencadeado a imperiosidade de o Brasil revisitar a regulação estatal, inclusive utilizando a contratualização administrativa como instrumento para o caráter regulatório. O Direito tem assumido papel fundamental para este processo de intervenção estatal a partir de prescrições normativas visando ao desenvolvimento. Jacques Chevallier defende que a regulação acarreta uma nova concepção do papel do Estado na economia, mais precisamente na posição de árbitro do processo econômico, até porque o sistema econômico precisa desta mediação estatal. Nessa linha, a licitação pública e o contrato administrativo podem servir de meio para a intervenção do Estado na atividade econômica em sentido estrito, principalmente por intermédio da intervenção por direção ou pela indução segundo classificação de Eros Roberto Grau. A intervenção por direção prescreve compulsoriamente determinados comportamentos no domínio econômico e a indução preceitua a incitação (atividade administrativa de fomento) a comportamentos desejáveis. A constitucionalidade dessas medidas encontra guarida no próprio artigo 174 da Lei Maior. A intervenção indireta do Estado a partir da licitação e do contrato administrativo já pode ser visualizada em algumas legislações brasileiras ou projetos legislativos nos últimos anos, os quais têm promovido ou induzido à intervenção estatal visando ao desenvolvimento. Chama-se atenção, dentre outras, para a Lei nº 12.349/2010 que modificou a Lei nº 8.666/1993; a Lei nº 10.973/2004 que dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica; a Lei nº 8.248/1991, com as alterações principalmente da Lei nº 10.176/2001, que disciplina sobre o processo produtivo básico no setor de informática e automação; e a Lei nº 11.196/2005 que prevê um regime especial tributário para a plataforma de exportação de serviços de tecnologia da informação. Há, ainda, o Projeto de Lei nº 2177/2011, versando sobre o Código de Ciência, Tecnologia e Inovação, bem como a aguda questão prática da

compra dos caças aéreos para as Forças Armadas do Brasil. Dentre os pontos a serem fomentados ou determinados, destaca-se a necessidade de o Estado perquirir, promover e incentivar a atuação da iniciativa privada para a ciência, a tecnologia e a inovação como forma de combater um problema emergente no Brasil, qual seja, a falta de uma estrutura forte e autônoma para não permanecer dependente, o que per si refletirá na economia nacional. O dever de impulsionar e de fomentar a ciência, a tecnologia e a inovação possuem respaldo nos artigos 218, 219, 219-A e 219-B da Constituição, bem como harmoniza com os próprios fundamentos e objetivos fundamentais da República Brasileira (desenvolvimento nacional, desenvolvimento regional e diminuição das desigualdades sociais preconizados nos artigos 1º e 3º). Nessa diretriz de raciocínio, o presente projeto de investigação destina-se a verticalizar sobre a promoção e o incentivo da ciência, da inovação e da tecnologia no Brasil utilizando para fins metodológicos o critério dedutivo e a comparação com outros países. Infere-se que o estudo do tema é indispensável ao desenvolvimento nacional e regional e inicialmente impactará em majoração de custos ao Estado em suas contratações, mas a longo prazo os benefícios superarão em larga escala tais desembolsos financeiros.

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

REIS, Luciano Elias. Ciência, tecnologia e inovação: regulação estatal pelas licitações públicas e pelos contratos administrativos. *In: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). Problemas emergentes da Administração Pública. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 609-610. Resumo.

DO ANTÍDOTO AO VENENO: RESTRIÇÕES À APLICAÇÃO DESMEDIDA DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA AOS AGENTES POLÍTICOS

LUIS ALBERTO HUNGARO
THIAGO PRIESS VALIATI

Palavras-Chave:

Improbidade administrativa. Lei nº 8.429/1992. Agentes políticos. Limites. Corrupção.

Resumo:

O presente artigo teve por objetivo analisar a forma como ocorre a aplicação da Lei nº 8.429/1992 – a Lei de Improbidade Administrativa – aos agentes políticos. Em síntese, verificou-se, em um primeiro ponto, a problemática relativa à suficiência do elemento subjetivo para caracterização do ato de improbidade administrativa e, em segundo lugar, tratou-se da controvérsia relativa à possibilidade de se aplicar, simultaneamente, a Lei de Improbidade Administrativa com a Lei de Crimes de Responsabilidade (Lei. nº 1.079/150) aos agentes políticos. Como usualmente ocorre na pesquisa jurídica, os materiais utilizados nesse estudo limitaram-se à doutrina especializada no assunto, além de análise de jurisprudências relativas ao tema. Desse modo, o trabalho se baseou, inicialmente, na prospecção de informações referentes ao histórico do regime de responsabilidade por improbidade administrativa no direito brasileiro. Na sequência, pormenorizaram-se os elementos concernentes ao conceito de ato de improbidade administrativa adotado atualmente no Brasil, analisando-se os limites da aplicação da Lei nº 8.429/1992 aos agentes políticos de duas formas. Nesse ponto, o estudo analisou a insuficiência da redação do *caput* do artigo 10, do referido diploma legal, o qual prevê a possibilidade de ato ímprobo cometido por culpa. Isso porque a mera presença da culpa na conduta do administrador público, além de não se adequar tipicamente ao artigo 37, §4º, da Constituição Federal, poderá conduzir à aplicação de penalidades severas, tais como suspensão de direitos políticos e perda da função pública, à agentes inábeis, os quais podem ter atuado de boa-fé e sem interesse de lesar o erário. Ou seja, compreendeu-se que a mera irregularidade do administrador público não deve ser compreendida como improbidade, sendo absolutamente necessária a demonstração do elemento dolo para a configuração da conduta ímproba. Após, o trabalho atentou-se à controvérsia acerca da possibilidade de se aplicar simultaneamente a Lei nº 8.429/1992

e a Lei de Crimes de Responsabilidade (Lei nº 1.079/1950) aos agentes políticos. Ambos os diplomas normativos preveem como penalidades aplicáveis, aos agentes públicos, a perda de cargo e a suspensão dos direitos políticos, o que implica na possibilidade de incidência em duplicidade e responsabilização excessiva. Além disso, em razão dos agentes políticos serem dotados de características especiais, derivadas do múnus público por eles desempenhados, notou-se que a aplicação da Lei nº 1.079/1950 é mais adequada nesses casos, haja vista a necessidade de se conservar garantias constitucionais como o foro por prerrogativa de função, o que inexistente na Lei de Improbidade Administrativa. Como resultado do trabalho realizado, observou-se que a aplicação desmedida da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes públicos deve ser evitada, seja pela insuficiência da culpa na configuração do ato de improbidade, seja pela temerária (e inconstitucional) possibilidade de responsabilização excessiva dos agentes políticos quando esse diploma normativo for aplicado simultaneamente com a Lei de Crimes de Responsabilidade. Neste caso, faz-se necessário que se prevaleçam as garantias constitucionais precípua no Estado Democrático de Direito brasileiro. O anseio desregrado em punir os agentes políticos, como resposta à pressão social no combate à corrupção, deve ser incessantemente combatido pelos juristas pátrios.

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

HUNGARO, Luis Alberto; VALIATI, Thiago Priess. Do antídoto ao veneno: restrições à aplicação desmedida da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos. In: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). Problemas emergentes da Administração Pública. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. *Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 611-612. Resumo.

DA JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS À NECESSIDADE DE RESPEITO ADMINISTRATIVO AOS PRECEDENTES JUDICIAIS: UMA ANÁLISE EMPÍRICA DA JURISPRUDÊNCIA DO TRF4 SOBRE O DIREITO À SAÚDE

LUZARDO FARIA

Palavras-chave:

Judicialização. Direitos sociais. Respeito administrativo. Precedentes judiciais. Direito administrativo constitucional.

Resumo:

O presente artigo objetiva encontrar soluções para o problema do ativismo judicial e da judicialização dos direitos fundamentais sociais, vivenciado pelo direito público brasileiro atualmente. Com o advento da Constituição Federal de 1988 e a instituição do paradigma de Estado Social de Direito, surgiram incontáveis ações judiciais com o intento de condenar a Administração Pública à efetivação de tais direitos. Para uma satisfatória compreensão dessa problemática, baseou-se em um vasto leque bibliográfico da doutrina constitucionalista nacional e estrangeira, a fim de se compreender os motivos que permitem a judicialização desses direitos. De fato, enquanto direitos fundamentais que são, os direitos sociais podem ser requeridos em juízo por qualquer cidadão. Há atualmente, na doutrina e na jurisprudência, um consenso acerca da incidência de um direito público subjetivo oponível ao Estado, ao menos no que se refere à parcela mais essencial dos direitos fundamentais sociais. Essa forte judiciabilidade, todavia, por si só, exige que se imponham limites jurídicos ao ativismo judicial, que se demonstra como um fenômeno praticamente incontrolável. Para ilustrar o cenário problematizado neste artigo, realizou-se, então, uma pesquisa empírica a respeito da jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região dos casos de judicialização do direito fundamental social à saúde em que havia o pedido para concessão judicial de medicamento para tratamento de Hepatite C Crônica. A partir da análise dos 89 casos sobre o tema, julgados de 2007 a 2014, buscou-se demonstrar os problemas advindos desse ativismo judicial descomedido. Com o Estado Constitucional de Direito, toda atividade administrativa deve estar voltada à realização dos objetivos fundamentais

da República, à efetivação dos direitos fundamentais e à concretização da dignidade da pessoa humana de cada cidadão e de toda a coletividade. Compreendendo, portanto, que esses direitos fundamentais sociais integram o interesse público, sua efetivação deve ser o primeiro e o último fim da atividade administrativa. Deve-se, para isso, buscar, no Direito Administrativo, ferramentas jurídicas para solucionar esse imbróglio que se desenvolve no seio do Direito Constitucional. Sugere-se, desse modo, sabendo que somente a Administração Pública, quando em uma atuação espontânea, é competente para a implementação desses direitos de modo igualitário, que sejam respeitados os inumeráveis precedentes judiciais produzidos nessa seara, a fim de que possa haver uma maior atenção ao princípio da isonomia e da máxima efetividade das normas constitucionais, buscando a construção de um Direito Administrativo Constitucional democrático.

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

FARIA, Luzardo. Da judicialização dos direitos sociais à necessidade de respeito administrativo aos precedentes judiciais: uma análise empírica da jurisprudência do TRF4 sobre o direito à saúde. *In*: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). Problemas emergentes da Administração Pública. *In*: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. *Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 613-614. Resumo.

CONCESSÃO JUDICIAL DE MEDICAMENTOS: CONSIDERAÇÕES ACERCA DO ALCANCE DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE, DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO E DO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO

MÁRCIO ARAÚJO WILINSKI

Palavras-chave:

Direitos fundamentais. Saúde. Políticas públicas. Concessão de medicamentos. Responsabilidade.

Resumo:

Tomando como ponto de partida a controvérsia originada nas demandas que pleiteiam o fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos em geral não concedidos administrativamente pelo Sistema Único de Saúde, bem como o posicionamento dos tribunais brasileiros acerca da questão, o estudo busca a adequada delimitação do alcance do direito fundamental à saúde e da consequente responsabilidade de seu resguardo e efetivação de modo concreto por parte dos entes federativos. Como reflexo de uma Constituição da República abrangente, ou constituição-dirigente, que define fins e programa ações futuras de forma minuciosa, não somente preservando liberdades conquistadas, mas também estabelecendo diretrizes de estruturação das políticas de estado, no Brasil atribui-se ao estado o dever de efetivar e de garantir concretamente o direito à saúde, mediante políticas sociais e econômicas. Ocorre que a referida previsão não impõe limites nem estabelece padrões e diretrizes de incidência e cobertura, cabendo à administração estabelecer políticas públicas e protocolos para o atendimento aos necessitados, motivo pelo qual eventuais negativas de tratamento são levadas ao poder judiciário, instaurando-se a controvérsia acerca de em que medida deve ser o ente público, ou qual dos entes, responsável pelo fornecimento e custeio dos tratamentos. Dessa forma, em um primeiro momento delimita-se a abrangência do direito fundamental à saúde, com o estabelecimento de um paralelo entre as ideias de tratamento igualitário, acesso universal, mínimo existencial e reserva do possível, passando-se ao debate acerca da participação judicial na implementação das diretrizes de saúde, para posteriormente delinear, a partir de casos concretos e a exemplo de enunciados

e recomendações já editados, parâmetros que contribuam para a máxima eficiência na efetivação das políticas públicas de saúde e para a diminuição da carga sobre a distribuição, além de alternativas administrativas à judicialização.

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

WILINSKI, Márcio Araújo. Concessão judicial de medicamentos: considerações acerca do alcance do direito fundamental à saúde, da responsabilidade do Estado e do controle de políticas públicas pelo poder judiciário. *In*: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). Problemas emergentes da Administração Pública. *In*: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. *Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 615-616. Resumo.

CONVÊNIO DE COOPERAÇÃO: SINÔNIMO DE CONVÊNIO ADMINISTRATIVO?

MARIA LETÍCIA RODRIGUES GUIMARÃES ARAÚJO RESENDE

Palavras-chave:

Convênio administrativo. Convênio de cooperação. Análise comparativa. Gestão associada. Federalismo de cooperação.

Resumo:

O presente ensaio tem como enfoque a análise dos “convênios de cooperação”, que constam expressamente no texto constitucional, após a EC nº 19/98. Em razão dessa expressão inovadora, verifica-se neste estudo se esse novo termo é ontologicamente distinto do tradicional “convênio administrativo” ou se tal diferenciação é meramente terminológica. Para tanto, o art. 23, parágrafo único, e art. 241 da Carta Constitucional serão aprofundados e avaliados à luz da doutrina e de jurisprudência pertinentes ao tema. O que se pretende com essa investigação é dar um enquadramento jurídico adequado à gestão associada de serviços públicos, instrumentalizada por meio do denominado “convênio de cooperação”, delimitando seus reflexos e possíveis particularidades.

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

RESENDE, Maria Leticia Rodrigues Guimarães Araújo. Convênio de cooperação: sinônimo de convênio administrativo? *In*: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). Problemas emergentes da Administração Pública. *In*: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. *Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. xx-xx. Resumo.

A INSUFICIÊNCIA DAS CLÁUSULAS EXORBITANTES COMO CRITÉRIO DE DISTINÇÃO DOS CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO: ESTUDO DOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO DE IMÓVEIS URBANOS

MARIANA BUENO RESENDE

Palavras-chave:

Contratos da administração. Critérios de distinção. Cláusulas exorbitantes. Contratos de direito privado. Locação de imóveis urbanos.

Resumo:

A doutrina do direito administrativo brasileiro costuma distinguir os contratos celebrados pela administração pública entre contratos administrativos e contratos de direito privado da administração. O critério apontado para justificar a distinção entre tais contratos é o da existência, nos contratos administrativos, das cláusulas exorbitantes: disposições que preveem privilégios à administração que não existem no âmbito do direito civil. Contudo, essa categorização tem sofrido críticas, outra corrente doutrinária tem se firmado no sentido de que todos os contratos celebrados pela administração são contratos administrativos na medida em que o direito privado nunca incide nas contratações da administração desacompanhado de normas próprias do direito administrativo. Para acirrar a celeuma, o art. 62 da Lei nº 8.666/93, ao tratar dos contratos de direito privado da administração, prevê que lhes sejam aplicados alguns dispositivos que disciplinam os contratos administrativos, inclusive o que trata das cláusulas exorbitantes “no que couber”, aproximando assim os dois institutos. Diante desse cenário, buscou-se analisar o contrato de locação de imóveis urbanos no qual a administração pública figura como locatária - contrato classificado como de direito privado da administração - para observar se há fundamento jurídico efetivo na referida distinção entre contratos privados da administração submetidos ao regime de direito privado e contratos administrativos submetidos ao regime de direito público, a partir da análise da construção doutrinária acerca das cláusulas exorbitantes, do regime aplicável aos contratos administrativos previsto na Lei nº 8.666/93 e do regime jurídico aplicável à locação de imóveis urbanos, Lei nº 8.245/91. Percebeu-se que a ideia difundida ainda hoje sobre as cláusulas exorbitantes se baseia em uma concepção ultrapassada, que remonta às origens do direito administrativo. A aproximação dos regimes de direito

público e privado ocorrida no último século, em razão da ingerência estatal em âmbitos que sempre foram deixados à autonomia privada e da assunção de diversas atividades pelo Estado que necessitaram ser exercidas mediante formas jurídico-privadas, atrelada às novas exigências impostas pelo Estado Democrático de Direito, alteraram a forma como a administração se relaciona com os particulares. O estudo comparativo entre o regime dos contratos administrativos e do contrato privado da administração de locação de imóveis urbanos deixou evidente que não há, nos contratos administrativos, privilégios conferidos à administração incompatíveis com o direito civil. Ao contrário, no contrato de locação foram reconhecidas várias cláusulas que ora conferem esses “privilégios” à administração, ora os conferem ao particular locador, ou permite que sejam pactuadas no contrato, demonstrando que não são prerrogativas exclusivas da administração. O objetivo inicial do trabalho era apenas o de analisar a existência ou não dos contratos privados da administração como categoria distinta dos contratos administrativos, buscando analisar os argumentos exarados pelas correntes doutrinárias diante de um contrato privado da administração específica. Contudo, percebeu-se que as cláusulas exorbitantes, além de não servirem como critério para distinguir os contratos da administração, entre contratos administrativos e contratos privados, também são ineficientes como critério de tipificação do próprio contrato administrativo, uma vez que as cláusulas exorbitantes hoje previstas pela legislação não são incompatíveis com o regime jurídico privado.

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

RESENDE, Mariana Bueno. A insuficiência das cláusulas exorbitantes como critério de distinção dos contratos da administração: estudo dos contratos de locação de imóveis urbanos. In: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). Problemas emergentes da Administração Pública. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. *Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 619-620. Resumo.

EFEITOS DO DESLOCAMENTO DO DOLO NA ANÁLISE DAS CONDUTAS PREVISTAS NO ART. 11 DA LIA: IMPROBIDADE OU INABILIDADE DO AGENTE PÚBLICO

PATRÍCIA M. S. DE CAMARGO
CELMAR CORRÊA DE OLIVEIRA

Palavras-chave:

Controle. Improbidade. Inabilidade. Dolo. Subjetividade.

Resumo:

A Lei de Improbidade Administrativa - LIA visa penalizar condutas que encerram a presença de um elemento objetivo, configurado por ato antijurídico descrito em lei, conjugado ao elemento subjetivo dolo ou grave culpa do agente. Com efeito, a finalidade da LIA é a de punir a desonestidade no administrar a coisa pública. Dentre as condutas antijurídicas, que conformam três blocos distintos na LIA: enriquecimento ilícito e prejuízo ao erário, estão aquelas consignadas no art. 11, que expressam ofensa específica aos princípios da Administração Pública, previstos na Constituição Federal. Para a configuração de conduta ímproba fixada em tal dispositivo legal, além da prática de ação ou de omissão descrita na LIA, é necessária a identificação-comprovação da presença do elemento volitivo no agir. No caso específico do art. 11, é indispensável o dolo ou a má-fé do agente. Analisando-se decisões judiciais, provenientes de instâncias diferentes ou de uma mesma, tem-se constatado certa divergência quanto à localização do elemento subjetivo – análise da presença de dolo intrínseco à materialização da conduta ou análise quanto à vontade de produzir determinado resultado. O objetivo geral deste artigo foi verificar em Acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul se essa divergência de localização do dolo influenciou para a definição de conduta ímproba ou inábil do agente público e, conseqüentemente, no controle judicial. A metodologia adotada foi a análise qualitativa de decisões judiciais recentes do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul à luz de doutrina específica sobre a matéria. O método de abordagem foi o exploratório, com procedimento analítico, cuja técnica de pesquisa foi documental e bibliográfica. Como resultado, constatou-se que, embora verificado deslocamento do dolo na aplicação do art. 11, não se visualizou que essa

localização induza à definição de agente ímprobo ou inábil. Todavia, concluiu-se que na aplicação do art. 11, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, tem havido certo grau de subjetividade na análise da configuração do elemento subjetivo, constitutivo da improbidade administrativa. Consequentemente, haja vista que a LIA visa alcançar resultado justo na tensão entre o combate à impunidade e a garantia da segurança jurídica, é legítimo pensar sobre a necessidade de aprofundamento de estudos, tanto da doutrina, quanto da jurisprudência, sobre a configuração do elemento subjetivo, na constituição da tipicidade da improbidade administrativa do art. 11. Pensamos, inspirados nas palavras de Medina (2013), que a hermenêutica possa ser um caminho seguro,” tanto para apontar o aprimoramento das normas às instâncias políticas competentes, quanto para aplicá-las de forma correta e justa, indicando aos operadores jurídicos o caminho a seguir”.

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

CAMARGO, Patrícia M. S. de; OLIVEIRA, Celmar Corrêa de. Efeitos do deslocamento do dolo na análise das condutas previstas no art. 11 da LIA: improbidade ou inabilidade do agente público. *In: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). Problemas emergentes da Administração Pública. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 621-622. Resumo.

CONTROLE COM FOCO EM RESULTADOS: A EXPERIÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS COM A AUDITORIA OPERACIONAL REALIZADA NO PROGRAMA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO

PEDRO HENRIQUE MAGALHÃES AZEVEDO

Palavras-chave:

Auditoria operacional. Tribunal de contas. Saneamento básico. Efetividade. Desenvolvimento sustentável.

Resumo:

Atento às Metas de Desenvolvimento do Milênio, fixadas pela Organização das Nações Unidas - ONU, o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais realizou, recentemente, Auditoria Operacional no Programa “Saneamento para Todos”. O referido programa contou, no PPA 2012/2015, com recursos financeiros da ordem de R\$3.451.610.000,00 (três bilhões quatrocentos e cinquenta e um milhões e seiscentos e dez mil reais). Para tanto, foram propostas quatro questões de auditoria, a saber: 1ª) A metodologia de seleção e priorização de municípios assegura que sejam contempladas as localidades com maior risco epidemiológico e que os empreendimentos selecionados apresentem o melhor custo-benefício? 2ª) Os sistemas de abastecimento de água, rede de coleta e tratamento de esgoto, objeto do Programa, possuem sustentabilidade técnico-operacional, garantindo a prestação de serviços adequados? 3ª) Os critérios adotados na política da tarifa social para a prestação de serviços da COPASA garantem condições para que a população carente consiga o referido benefício? 4ª) Os instrumentos de monitoramento e avaliação permitem verificar o desempenho do Programa? Tomando como base essas questões, os técnicos visitaram estações de tratamento de água e esgoto (ETAs e ETEs) ao longo de todo o Estado de Minas Gerais. Foram realizadas, ainda, entrevistas com moradores de áreas tidas como críticas, além de questionários respondidos por gestores públicos. Os resultados da Auditoria foram submetidos ao Relator, Conselheiro Cláudio Couto Terrão, e, posteriormente, ao Tribunal Pleno. Dentre as conclusões do Tribunal, podem-se citar, exemplificamente, as seguintes: deficiência de acompanhamento e controle operacional dos sistemas implantados, deficiência na articulação entre os gestores do Programa,

planejamento municipal dos serviços de saneamento inexistente ou insuficiente para orientação das ações do programa e critérios inadequados para enquadramento de famílias na política de tarifa social. Em virtude dessas incorreções, foi determinada a remessa de planos de ação pelos responsáveis com vistas a sanar as falhas apontadas pela equipe técnica. No primeiro semestre de 2014, o Tribunal de Contas Estadual analisou os resultados já sentidos em relação à auditoria e, também, apreciou os planos de ação remetidos pelos responsáveis. Nessa oportunidade, chegou-se à conclusão que a grande maioria das medidas propostas solucionava os apontamentos técnicos e aprimorariam a gestão do sistema de saneamento básico mineiro. De todo o trabalho realizado pela Corte Mineira, verificou-se que o controle focado em resultados (sem desprezar os tradicionais procedimentos de conformidade e regularidade) pode ser tido o melhor meio atual para se buscar a efetividade das políticas públicas e o uso racional, eficiente e eficaz dos recursos públicos. Além disso, as Auditorias Operacionais aproximam o Tribunal da sociedade e dos gestores públicos, tornando o processo de controle o mais democrático e legítimo possível.

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

AZEVEDO, Pedro Henrique Magalhães. Controle com foco em resultados: a experiência do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais com a auditoria operacional realizada no Programa de Saneamento Básico do Estado. In: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). Problemas emergentes da Administração Pública. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. *Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 623-624. Resumo.

TRATAMENTO DAS RELAÇÕES DE SUJEIÇÃO ESPECIAL NAS TOMADAS DE CONTAS ESPECIAIS

PEDRO HENRIQUE MAGALHÃES AZEVEDO

Palavras-chave:

Tribunal de contas. Tomada de contas especial. Sujeição especial. Valor de alçada. Efeito multiplicador.

Resumo:

As tomadas de contas especiais são procedimentos excepcionais à disposição da administração pública cujos objetivos primordiais são: 1) recompor o patrimônio público em virtude de redução patrimonial (dano ao erário); 2) identificar responsáveis por esse dano e 3) estabelecer o nexo de causalidade entre a conduta (comissiva ou omissiva) dos agentes indicados e o desfalque propriamente dito. Tais procedimentos desenvolvem-se em duas fases: interna e externa. Após identificar uma suposta conduta danosa ao seu patrimônio, a entidade ou o órgão da administração pública deve esgotar os meios ordinários de cobrança administrativa para, então, deflagrar a tomada de contas especial. Tem-se início, dessa forma, a fase interna da tomada, que ocorrerá exclusivamente no âmbito do órgão/entidade lesado(a). Concluídos os trabalhos, uma Comissão de servidores apontará o valor exato do desfalque, o responsável pela redução patrimonial e a relação de causalidade entre um e outro. As conclusões da Comissão, juntamente com toda a fase interna, serão remetidas ao Tribunal de Contas competente, onde será processada a fase externa da tomada de contas especial. Nessa etapa, após a realização do contraditório, a Corte de Contas avaliará os fatos e julgará as contas, aplicando multa e/ou fixando o valor do débito a ser ressarcido.

É importante ressaltar que, baseando-se no princípio da eficiência e na relação de custo/benefício do processo, os Tribunais de Contas têm fixado “valores de alçada”, abaixo dos quais as tomadas de contas especiais não deverão ser instauradas e nem remetidas para julgamento. A princípio, esse valor de alçada deveria incidir sobre todas as tomadas de contas especiais. No entanto, existem casos particulares que precisam ser mais bem analisados. Tais casos, normalmente, versam sobre relações de “sujeição especial”. O ilustre jurista Celso Antônio Bandeira de Mello introduziu na doutrina brasileira a diferença entre relações de “sujeição geral” e “sujeição especial”, estabelecendo que, nestas, o indivíduo aproxima-se mais da Administração, intensificando a confiança

existente entre as partes. As relações entre a Administração e os seus servidores, notoriamente desenvolvidas com base no poder hierárquico e no poder disciplinar, são exemplos típicos de relações de sujeição especial, conforme ensina o nobre doutrinador. Se, por um lado, a confiança entre as partes, nas relações de sujeição especial, é mais intensa, a sua quebra, por outro lado, produz efeitos mais drásticos e danosos para elas e para o meio que elas estão inseridas. Um desses efeitos indesejados é o chamado efeito multiplicador. Caso um agente público aja contrariamente à lei e ao Direito e a Administração não atue com vistas a sanar a infração disciplinar, tem-se que a sensação de impunidade poderá “contaminar” outros servidores, que também poderão contrariar as normas legais, gerando, dessa forma, um efeito cascata (efeito multiplicador), o qual, por sua vez, potencialmente, poderá prejudicar toda a organização administrativa. Sendo assim, com vistas a impedir o efeito multiplicador nas infrações ocorridas em relações de sujeição especial, tem-se que o “valor de alçada” das tomadas de contas especiais poderá ser relativizado a fim de evitar prejuízos futuros maiores para toda a Administração.

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

AZEVEDO, Pedro Henrique Magalhães. Tratamento das relações de sujeição especial nas tomadas de contas especiais. In: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). Problemas emergentes da Administração Pública. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. *Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 625-626. Resumo.

A CONTRIBUIÇÃO DOS INCENTIVOS ECONÔMICOS NA LEGISLAÇÃO DE RECURSOS HÍDRICOS

RICARDO LETIZIA GARCIA
CELMAR OLIVEIRA

Palavras-chave:

Recursos hídricos. Políticas de comando e controle. Incentivos econômicos. Legislação ambiental e ordenamento jurídico.

Resumo:

As políticas ambientais no Brasil têm um caráter estável, ou seja, são estabelecidas por lei, envolvem ações do Legislativo e do Executivo e devem estar comprometidas em alcançar objetivos de interesse da sociedade para a qual se direcionam vez que representam uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social. O ordenamento jurídico brasileiro tem no ápice da “pirâmide jurídica” a Constituição Federal. Esta condição fundamentada no princípio da Supremacia Constitucional estabelece que os princípios e as regras que emanam das normas constitucionais são prevalentes em relação às demais normas jurídicas. As competências legislativas e administrativas dos entes federativos estão fixadas na Constituição. A análise do ordenamento mostra que as tarefas de legislar e de administrar são colocadas como competências diferentes no atual texto constitucional. Legislar sobre águas é competência privativa da União. A dominialidade dos recursos hídricos na federação brasileira pertence à União e aos Estados. O nível de adequação de uma sociedade às leis, e em particular, à de suas instituições públicas, constitui um indicador para avaliar a qualidade da gestão; na área ambiental também a sua interface com áreas afins (recursos hídricos, saneamento, saúde). No entanto, a situação desejada, por vezes não é encontrada na realidade social. O nível de eficácia e efetividade por vezes se encontra em desacordo com a legislação, ficando os resultados aquém do esperado. A gestão de recursos hídricos, alinhada a essas normas - constitucionais e infraconstitucionais- e integrada à gestão ambiental, terá como foco resolver as questões de escassez relativa desses recursos, assegurando uma oferta adequada de água com qualidade à população, compatibilizando as demandas qualitativas e quantitativas com os limites da disponibilidade hídrica e preservando as funções dos ecossistemas. Apesar do reconhecimento da necessidade de medidas urgentes para conter a degradação ambiental, a implantação dessas medidas é filtrada

através de complexas prioridades humanas. Assim é que tanto na formulação da política ambiental, quanto na gestão dessa área, o respeito aos contextos culturais, econômicos e políticos específicos tem sido um aspecto referido em diferentes realidades sociais. As políticas de comando e controle, utilizadas pelo ente público, tipificando comportamentos e punições aos infringentes, nem sempre se mostram efetivas para controlar essas externalidades geradas no ambiente, o que nos remete a considerar também a possibilidade de utilizar mecanismos de incentivos econômicos nas leis que junto com o aparato legal já disponível no ordenamento jurídico estimulariam os agentes econômicos a adotarem escolhas ou alternativas produtivas que conduzam a preservação e a restauração ambiental. Optou-se por desenvolver um estudo qualitativo cujo método de abordagem inicial escolhido para a pesquisa foi o hipotético-dedutivo: a lacuna nos conhecimentos existentes diz respeito à efetividade desses mecanismos voltados ao controle ambiental. A pesquisa testou a hipótese de que a introdução de incentivos econômicos na legislação de recursos hídricos contribui para o uso racional desses recursos. Em consequência, a pesquisa propõe-se a analisar a política de recursos hídricos e a identificar a possibilidade de emprego de mecanismos econômicos no ordenamento jurídico para minimização de problemas ambientais.

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

GARCIA, Ricardo Letizia; OLIVEIRA, Celmar. A contribuição dos incentivos econômicos na legislação de recursos hídricos. In: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). Problemas emergentes da Administração Pública. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. *Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 627-628. Resumo.

A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE PELO SERVIÇO PÚBLICO DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO

RODRIGO AUGUSTO LAZZARI LAHOZ

Palavras-chave:

Esgotamento sanitário. Universalização. Prestação adequada. Proteção do meio ambiente. Efetivação do direito à saúde.

Resumo:

O serviço público de esgotamento sanitário engloba ações e estruturas que captam as águas impróprias direcionando-as para um espaço específico para seu tratamento. Compreende também o processo para torná-las potáveis e a sua destinação final na natureza para posterior reaproveitamento, relacionando-se a um universo que diz respeito ao meio ambiente (ao tratar da água e do solo) e à saúde (por permitir uma melhor qualidade de vida à população). Assim sendo, busca-se compreender como a sua universalização permitirá a proteção do meio ambiente e a efetivação do direito fundamental à saúde. Para tanto, serão analisadas pesquisas estatísticas acerca da oferta do serviço público de esgotamento sanitário à população. Além disso, será efetuado um estudo analítico do regime jurídico, das principais características, etapas, estrutura e a sua relação com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e a saúde pública. Serão apresentados quais bens ambientais este serviço especificamente protege evitando a ocorrência de danos a eles (que podem ser ao meio ambiente em si mesmo, à coletividade e a uma pessoa individualizada proprietária do bem atingido) e como previne os potenciais prejuízos à saúde e contribui para a qualidade de vida das pessoas. Tendo em vista que 44% (quarenta e quatro por cento) dos domicílios brasileiros tem acesso à rede geral de esgoto e que somente 68,8% (sessenta e oito vírgula oito por cento) do esgoto coletado é tratado, de acordo com dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, é possível afirmar que o serviço público de esgotamento sanitário não é plenamente ofertado à população brasileira e que ele não é prestado de modo adequado. Desse modo, ocorrem danos ao meio ambiente (à água e ao solo, considerando o meio ambiente em si mesmo, à coletividade titular do meio ambiente ecologicamente equilibrado, e a pessoas específicas, proprietárias de terras, por exemplo, contaminadas por águas que não foram tratadas) e malefícios à saúde, por impactar na ocorrência

de doenças como malária, dengue, febre amarela, leptospirose, cólera, febre tifóide e outras moléstias. Desse modo, conclui-se que a universalização do serviço público de esgotamento sanitário contribui para a eficácia de medidas de proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado e para a efetivação do direito fundamental à saúde.

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

LAHOZ, Rodrigo Augusto Lazzari. A proteção do meio ambiente e a efetivação do direito à saúde pelo Serviço Público de Esgotamento Sanitário. *In: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). Problemas emergentes da Administração Pública. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 629-630. Resumo.

ANÁLISE DOS EFEITOS DA INADIMPLÊNCIA DOS MUNICÍPIOS QUE DEIXAM DE REPASSAR OS VALORES RETIDOS A TÍTULO DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO ÀS ORGANIZAÇÕES FINANCEIRAS PRIVADAS

THAÍS FERNANDA SANTOS DA SILVA VERÇOSA

Palavras-chave:

Empréstimo. Cauc. Siaf. Cadin. Isonomia.

Resumo:

O presente artigo pretende analisar por qual motivo determinados Municípios celebram convênios para concessão de empréstimos consignados aos seus funcionários com instituições financeiras públicas e privadas e se tornam inadimplentes somente com a instituição financeira privada, mantendo o pagamento da instituição financeira pública em dia. É importante entender a evolução do conceito de controle e de prestação dos custos de órgãos da administração pública no Brasil. O termo administração pública surge na época do Império, quando havia o conceito de administração pública patrimonialista, que gerava o nepotismo e a corrupção no serviço público, esta fase vai até a Constituição de 1934. Após 1934, na Era Vargas, temos a chamada administração pública burocrática, criada com o objetivo de moralizar a administração e o serviço público. Após a Era Vargas, percebe-se uma preocupação constante no que diz respeito a conferir maior transparência no repasse de valores públicos. As mudanças no controle dos gastos e na prestação de contas dos órgãos da administração pública só ocorrem de forma efetiva em 1986, após a criação da Secretaria do Tesouro Nacional (STN) e do o Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal (SIAFI) que funciona como uma conta corrente dos recursos financeiros da União.

Após a criação do SIAFI, em 2001, foi criado o Cadastro Único de Convênio (CAUC) que possibilitou ao concedente conferir se o conveniente observou as exigências estabelecidas pela Constituição Federal, Lei de Responsabilidade Fiscal e Lei de Diretrizes Orçamentárias. O CAUC tem por objetivo centralizar as informações de diversos bancos de dados que contêm as informações de órgãos da administração pública que estão inadimplentes no que tange à prestação de contas de verbas públicas recebidas. O CAUC é alimentado pelo Cadastro de Inadimplentes (CADIN) que contém os nomes de pessoas físicas e jurídicas com obrigações pecuniárias vencidas e não pagas para com

órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta e indireta, dentre outras. Em se tratando de instituições financeiras, somente as públicas ou de economia mista podem incluir o nome de devedores no CADIN. Sendo assim, poder-se-ia então dizer que o CADIN funciona como um serviço de proteção ao crédito das instituições financeiras públicas.

Como a legislação determina que os órgãos e as entidades da Administração Pública Federal verifiquem, previamente, junto ao CAUC, a situação do órgão solicitante quando este pretende realizar operações de crédito que envolvam uso de dinheiro público, se determinado Município não faz o repasse dos valores devidos do contrato de empréstimo consignado a uma instituição financeira pública, é imediatamente inscrito no CADIN, que, por sua vez, repassa a informação para o CAUC, o que, conseqüentemente, impossibilita tal Município de receber verbas públicas federais bem como renovar convênios já firmados. Todavia, se é configurada uma situação de inadimplência desse mesmo Município junto a uma instituição financeira privada, à última não é possibilitada a inclusão dos débitos no CADIN e, conseqüentemente, no CAUC. Através deste estudo, pretendeu-se demonstrar a ofensa da legislação ao princípio da isonomia constitucional, ao tratar instituições financeiras de forma desigual considerando-se o mesmo contrato celebrado junto aos Municípios.

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

VERÇOSA, Thais Fernanda Santos da Silva. Análise dos efeitos da inadimplência dos municípios que deixam de repassar os valores retidos a título de empréstimo consignado às organizações financeiras privadas. In: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). Problemas emergentes da Administração Pública. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. *Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 631-632. Resumo.

A LIBERAÇÃO DE SEMENTES TRANSGÊNICAS NO BRASIL: UM CASO DE IRRESPONSABILIDADE NA GESTÃO DE RISCOS AMBIENTAIS

THAIS GISELLE DINIZ SANTOS

Palavras-chave:

Organismos geneticamente modificados. Riscos ambientais. Direitos humanos. Biotecnologia. Direito ambiental.

Resumo:

No presente trabalho de pesquisa são analisadas as questões pertinentes ao uso e à propriedade dos recursos genéticos no sistema agroalimentar brasileiro, através do estudo da normatização internacional e da legislação nacional atinente ao tema, focando-se principalmente no ordenamento constitucional, na Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005) e na Lei de Sementes (Lei nº 10.711/2003). Nesta análise é esmiuçado o processo histórico das legislações acerca do tema, tratando dos contextos político e social influentes em seu surgimento. Também são examinados os aparatos jurídicos presentes nesses ordenamentos, em especial os órgãos instauradores. Em seguida, são analisados casos concretos, com foco nos discursos preponderantes no processo de liberação/normalização/normatização de sementes transgênicas. Também são analisados os processos de liberação do comércio de sementes transgênicas no país. Denota-se que tais procedimentos apresentam-se bastante deficitários, visto que as liberações são cercadas de irregularidades, não contam com adequado sistema de fiscalização, nem com adequado estudo de impacto ambiental futuro. É corriqueira a prática de simplificar e de acelerar etapas, com total desrespeito aos princípios de proteção ambiental. Busca-se, como um objetivo específico, estudar como a utilização de sementes transgênicas é vinculada a determinado modelo de ruralidade, o qual desvela uma lógica (oculta) que se submete primordialmente aos interesses econômicos e não prioriza padrões mínimos de saúde humana, segurança ambiental e alimentar. É incontroverso que cada vez mais a agricultura é subsumida pela produção transgênica, de forma a se expandir rapidamente pelo mundo, submetendo-se à lógica de produtividade específica, que deve ser avaliada tendo em vista a garantia e a preservação da vida e do meio ambiente. O mercado de sementes constitui a base do atual sistema agroalimentar e a sua regulamentação adequada é o princípio diretivo para a efetivação de uma função social da agricultura,

a qual se propõe tão importante quanto a função social da propriedade no que diz respeito à efetivação do projeto de uma nova ruralidade, mais comprometida com o ser-humano e com o bem-estar coletivo. Este assunto, portanto, merece destaque pelas proporções que assume em nível global. Sua relevância é incontestável, visto que atinge o direito mais essencial à vida, qual seja, o direito à alimentação. Ainda hoje, a fome permanece sendo o maior problema de saúde pública em muitos países, causando mortalidade de mais de dois milhões de pessoas a cada dia, matando mais pessoas que a tuberculose, a AIDS e a malária juntas. Nesse sentido, é essencial a tratativa de como o sistema de sementes influencia o mercado alimentar, restringido os direitos mais básicos dos cidadãos, assim como a sobrevivência e a preservação do patrimônio cultural de comunidades tradicionais. Ao final, a investigação procura avaliar se o modelo de produção agroalimentar nacional, centrado no uso de Organismos Geneticamente Modificados, pode apresentar alternativas para a efetivação do Direito Fundamental à alimentação e à soberania alimentar, ou se apenas se prestam à permanência de um paradigma rural em crise.

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

SANTOS, Thais Giselle Diniz. A liberação de sementes transgênicas no Brasil: um caso de irresponsabilidade na gestão de riscos ambientais. In: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). Problemas emergentes da Administração Pública. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. *Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 633-634. Resumo.

A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA EC Nº 62/2009 E OS IMPACTOS NO ESTADO DO PARANÁ

TUANY BARON DE VARGAS

Palavras-chave:

Precatórios. Controle de constitucionalidade. Emenda constitucional nº 62/2009. Finanças públicas. Orçamento público.

Resumo:

O presente trabalho pretende analisar a extensão e os efeitos da decisão do STF que modulou os efeitos das declarações de inconstitucionalidade proferidas nas ADIns 4357 e 4425, verificando, em especial, os possíveis impactos nas finanças do Paraná. Para aferimento do valor da dívida do Estado, parte-se da análise das estatísticas fornecidas pelo CNJ na questão dos precatórios. A LDO 2014, do Estado do Paraná, aponta, no “Anexo II – Crises Fiscais”, o resultado do julgamento da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 62/2009 como fator capaz de desequilibrar as contas do Estado. A LDO 2015 acrescenta que caso não haja modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade proferida pelo STF em 2013, o fluxo de pagamentos será impraticável. De acordo com a última estimativa realizada pelo CNJ, a dívida de precatórios do Paraná aproxima-se ao correspondente a 13,33% da receita líquida prevista na LDO de 2015. Entretanto, atenção especial merecem as finanças do Estado. O governo estadual, a título exemplificativo, apresentou medidas objetivando cortes de benefícios do funcionalismo, alterações na previdência estadual, dentre outras mudanças, (PLC 6/2015 e PL 60/2015) tendo como fim o reequilíbrio das contas do Estado. Propostas retiradas de pauta após forte pressão popular. O STF manteve o regime da EC nº 62/2009 pelo período de 5 anos, contados a partir do início do exercício financeiro subsequente à decisão (janeiro/2016). Partindo-se da atual estimativa da dívida, o Estado necessitaria despendar, anualmente, 1,19 bilhões de suas receitas para seu pagamento integral no período, ou seja, vincular aproximadamente 2,67% de sua receita corrente líquida. Em seu voto, o Min. Luís Roberto Barroso propôs algumas medidas de transição e, entre elas, a proibição de destinação de verbas à propaganda institucional, no caso em que o Estado comprove a impossibilidade de majoração da vinculação da receita corrente líquida para pagamento de precatórios. Embora a

proposta não tenha sido seguida, e a adoção de tal medida não seja de competência do STF, esta merece a devida consideração como alvitre à Administração paranaense. Resguardados mecanismos que assegurem o Princípio da Publicidade, tal limitação deveria se dar através do PPA e da LDO, como alternativas de “moralização”, não obstante, o Plenário do Supremo Tribunal tenha apontado o uso compulsório de 50% dos depósitos judiciais tributários no pagamento de precatórios como critério objetivo para o efetivo pagamento e amortização do montante da dívida. Até a criação de um novo regime, não há como afirmar peremptoriamente que os pagamentos serão efetuados de maneira regular e contínua. Sobretudo, porque, embora conste na decisão a delegação de competência para que o CNJ regulamente e supervisione o pagamento de precatórios, segundo a decisão, o CNJ não tem competência para interferir em políticas de execução orçamentária do Executivo sem que haja Emenda à Constituição. Aqui, parece estar presente a maior relevância da questão: mesmo com a modulação e com as medidas impostas, a manutenção do *status quo ante* é uma realidade e poderá configurar um quadro ainda mais atentatório aos direitos dos credores.

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

VARGAS, Tuany Baron de. A modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade da EC nº 62/2009 e os impactos no Estado do Paraná. In: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). Problemas emergentes da Administração Pública. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. *Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 635-636. Resumo.

A SUBVENÇÃO AO SEGURO RURAL NO BRASIL: REFLEXÕES SOBRE A EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA DO PSR A PARTIR DA AUDITORIA REALIZADA PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

VITOR JOSÉ BORGHI

Palavras-chave:

Políticas públicas. Seguro rural. Tribunal de contas da união. Eficiência administrativa. Interesse público.

Resumo:

O Programa de Subvenção ao Prêmio do Seguro Rural - PSR foi lançado em 2003 com o objetivo primordial de mitigar riscos na atividade agropecuária e como diretrizes: promover a universalização do acesso ao seguro rural; assegurar o papel do seguro rural como instrumento para a estabilidade da renda agropecuária; induzir o uso de tecnologias adequadas e modernizar a gestão do empreendimento agropecuário. Valendo-se de sua prerrogativa constitucional para controle da administração pública, o Tribunal de Contas da União realizou auditoria operacional no PSR para aferição da sua eficácia no período entre 2004 e 2012. Este trabalho pretende analisar o desempenho do PSR no âmbito do direito administrativo e constitucional, tendo como parâmetro principal a obediência ao Princípio da Eficiência Administrativa. Para tanto, primeiramente, estuda-se o Princípio da Eficiência Administrativa, conceituando-o e estabelecendo bases para a sua aferição face a uma política pública. Em seguida, são exploradas as diretrizes da Política Agrícola nacional e do Programa de Subvenção ao Prêmio do Seguro Rural, alcançando parâmetros específicos para a análise da eficiência administrativa no âmbito do PSR. Feito isso, são descritos os resultados e as conclusões obtidas pelo Tribunal de Contas da União na auditoria realizada no PSR, para, ao final, apresentar conclusões sobre a eficiência administrativa do PSR com base nos parâmetros alcançados. A auditoria realizada pelo Tribunal de Contas da União relata falhas de planejamento, execução e gestão do PSR que resultaram em: (i) insegurança e distorções mercadológicas; (ii) redução de investimento pelas seguradoras e resseguradoras; (iii) diminuição da competitividade; (iv) poucas opções de seguro e tempo inadequado para o planejamento do produtor rural; (v) incoerência na disponibilização de recursos pelo Governo Federal; (vi) desperdício de recursos públicos; (vii) dificuldades na divulgação,

no monitoramento e no controle da política; (viii) desestímulo ao uso de tecnologia pelo produtor; (ix) desestímulo à melhoria do serviço prestado pela seguradora; e (x) dificuldade no autocontrole e na melhora do Programa de Subvenção. Dessa forma, observa-se que o comportamento da administração pública na operacionalização do PSR foi moroso, exacerbadamente formalista, perdulário e improdutivo, reunindo quatro das cinco características que identificam a ineficiência administrativa, não cumprindo, assim, com as diretrizes traçadas para a política. O estudo conclui que o Programa de Subvenção ao Prêmio do Seguro Rural não é conduzido em obediência ao Princípio da Eficiência Administrativa, pois, em que pese ter proporcionado o acesso de muitos produtores ao seguro rural, apresentou falhas em todas as etapas de sua operacionalização, não obtendo o melhor desempenho possível para a aferição dos melhores resultados na prestação do serviço público.

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

BORGHI, Vitor José. A subvenção ao Seguro Rural no Brasil: reflexões sobre a eficiência administrativa do PSR a partir da auditoria realizada pelo Tribunal de Contas da União. In: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). Problemas emergentes da Administração Pública. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. *Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 637-638. Resumo.

A NATUREZA GARANTISTA OU AUTORITÁRIA DA GÊNESE DO DIREITO ADMINISTRATIVO: UMA RELEITURA A PARTIR DA HISTÓRIA DO DIREITO

VIVIANÉLI ARAÚJO PRESTES

Palavras-chave:

História. Direito administrativo. Origem. Garantista. Autoritário.

Resumo:

A pesquisa pretende investigar a gênese do Direito Administrativo, perquirindo a validade, a partir da perspectiva histórico-jurídica, do mito garantista da origem da disciplina da Administração Pública. Nesse sentido, almeja-se demonstrar que o papel assumido pelo direito administrativo como garantidor dos direitos individuais em face dos abusos de poder das autoridades estatais não pode ser entendido a partir de uma perspectiva naturalizadora, vez que, em seus primórdios, a disciplina jurídico-administrativa estava muito mais ligada à instituição de estruturas estatais do que à função plenamente garantista, mais bem desenvolvida apenas com o advento do constitucionalismo do pós Segunda Guerra. Para esse intento, o trabalho foi dividido em sete subtítulos. Após uma breve introdução, em que se indica a adoção do método hermenêutico histórico-jurídico preconizado por Pietro Costa e a preocupação em se evitar a naturalização e a abstração dos conceitos jurídicos, passa-se a expor a visão dominante nas obras atuais de direito administrativo brasileiro, que atribuem às origens da disciplina uma função garantista. Também nesse subtítulo demonstra-se que essa visão dominante vem sendo questionada, com exageros, por outra corrente doutrinária jus-administrativa. No terceiro subtítulo, rebate-se o principal argumento utilizado por aqueles que defendem a origem plenamente garantista do direito administrativo, a saber, o absolutismo do período precedente à Revolução Francesa. Para tal, são trazidas lições de António Manuel Hespanha e Pietro Costa. No próximo subtítulo, o arsenal teórico de Michel Foucault é utilizado para se demonstrar por quais razões o discurso revolucionário iluminista foi obrigado a desqualificar a experiência política anterior, denunciando-a como absoluta. Após, indica-se, a partir da obra de Pietro Costa, que o garantismo da disciplina jus-administrativa só foi realmente incorporado após o segundo pós-guerra. No quinto subtítulo, traz-se especificamente a experiência administrativa brasileira, indicando-se qual era o contexto concreto brasileiro em que as doutrinas

francesas do direito administrativo foram recepcionadas. Nesse sentido, demonstra-se que a experiência administrativa colonial portuguesa estava muito mais ligada a noções religiosas e moralizantes, não havendo como se falar, pelo menos em termos gerais, que, naquele período, a experiência de poder era autoritária. No subtítulo de número 6, são analisados cinco livros de direito administrativo brasileiro, escritos entre 1857 e 1866, a fim de se perquirir se, nas nossas primeiras obras de direito administrativo, a preocupação com a garantia dos direitos dos indivíduos já era central. Por fim, em conclusão, afirma-se que as origens do direito administrativo não podem ser lidas de maneira simplista, vez que o século XIX foi extremamente complexo e contraditório, tanto em termos políticos, quanto em termos jurídicos. Assim, ao mesmo tempo em que alguns doutrinadores se mostravam mais preocupados com a questão garantista, de modo geral, a principal preocupação da disciplina do direito administrativo era construir as bases do modelo estatal moderno, o que fica ainda mais evidente no caso brasileiro.

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

PRESTES, Vivianéli Araújo. A natureza garantista ou autoritária da gênese do Direito Administrativo: uma releitura a partir da história do direito. *In*: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). Problemas emergentes da Administração Pública. *In*: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28, 2014, Foz do Iguaçu. *Anais...* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 639-640. Resumo.

Adriana da Costa Ricardo Schier

Professora Pesquisadora junto ao Programa de Mestrado do UniBrasil. Professora do Instituto de Pós-Graduação em Direito Romeu Felipe Bacellar. Doutora em Direito Público pela Universidade Federal do Paraná.

Albano Francisco Schmidt

Mestrando em Direito Socioambiental e Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

Alcides Goelzer de Araújo Vargas e Pinto

Advogado. Mestrando em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pós-graduando em Direito Empresarial pela Fundação Getulio Vargas. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá.

Amália Passeto Baki

Mestranda em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela Universidade de São Paulo. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná.

Ana Cláudia Santano

Pós-doutoranda na Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutora e Mestre pela Universidad de Salamanca, Espanha. Membro da Asociación Iberoamericana de Derecho Electoral (AIDE).

Ana Luiza Gomes de Araujo

Mestre em Direito Administrativo pela UFMG. Professora de cursos de graduação e especialização da Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho. Gerente do Núcleo de Referência da Memória do Professor Paulo Neves de Carvalho.

André Ricardo Gomes de Souza

Advogado. Docente da UBC.

Ariane Sherman Morais Vieira

Mestranda em Direito Administrativo pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Advogada.

Camila Rodrigues Forigo

Mestranda em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC) em convênio com a Universidade Positivo. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba.

Carolina Elisabete Puehringer Miguez de Senna Motta

Mestranda em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pós-graduada em Direito do Seguro pela Universidade Federal do Paraná.

Celmar Corrêa de Oliveira

Professor Adjunto na Universidade Estadual do Rio Grande do Sul. Pesquisador no Projeto Mais Água: Políticas Públicas e Recursos Hídricos no RS. Coordenador do Grupo de Pesquisa do CNPq: Políticas, Gestão Pública e Desenvolvimento.

Claudia Cecilia Camacho Rojas

Mestranda na Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

Cláudia De Oliveira Cruz Carvalho

Mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil). Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Servidora pública federal atuante na área de licitações e contratos desde 2007.

Clayton Gomes de Medeiros

Mestre pelo UniBrasil. Professor do curso de Direito no UniBrasil. Professor na Universidade do Contestado.

Daniel Wunder Hachem

Professor do Departamento de Direito Público da Universidade Federal do Paraná. Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná.

Dinorá Adelaide Musetti Grotti

Professora de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Ex-Procuradora do Município de São Paulo. Doutora e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Dioleno Zella Zielinski

Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná.

Eloi Pethechust

Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Mestrando pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

Emerson Gabardo

Professor Titular de Direito Administrativo na Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professor Adjunto de Direito Administrativo na Universidade Federal do Paraná.

Érico Prado Klein

Advogado (Popp e Nalin Advogados Associados). Pós-graduando em Processo Civil no Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

Fabricio Motta

Procurador do Ministério Público de Contas (MPTCM-GO). Professor de Direito Administrativo da Universidade Federal de Goiás. Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais

Felipe Augusto Brochado Batista do Prado

Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pós-graduando em Direito Empresarial pela Fundação Getulio Vargas. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá.

Felipe Klein Gussoli

Advogado. Pós-graduando em Direito Administrativo no Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

Fernanda Lissa Fujiwara Homma

Mestranda em Direitos das Relações Sociais na Universidade Federal do Paraná.

Fernanda Rodrigues de Souza e Silva

Advogada. Pós-graduada em Direito Público. Servidora Pública Estadual.

Fernando D. Menezes de Almeida

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Fernando Ferreira Calazans

Advogado. Mestre em Administração Pública. Professor de Direito Administrativo da Universidade Federal de Minas Gerais.

Fernando Gama de Miranda Netto

Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Salamanca com bolsa CAPES/Fundação Carolina. Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho (RJ), com período de pesquisa de um ano junto à Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften (Speyer, Alemanha) e junto ao Max-Planck-Institut (Heidelberg) com bolsa CAPES/DAAD. Professor Adjunto de Direito Processual e membro do corpo permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (PPGSD/UFF).

Gabriel Morettini e Castella

Bolsista PIBIC/CNPq na Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogado.

Henrique Lima Quites

Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.

Hugo Jesus Soares

Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

Joaquim Antônio Murta Oliveira Pereira

Pós-Graduando em Direito Público pelo IDDE e Universidade de Coimbra. Pós-Graduando em Direito Tributário pela PUC Minas. Advogado.

José dos Santos Carvalho Filho

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Professor-palestrante da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (aposentado).

José Patrício Pereira Melo

Professor de Direito da Universidade Regional do Cariri. Mestre pela Universidade Federal do Ceará. Doutorando em Direito Econômico e Social pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

Leticia Camargo Kreuz

Mestranda em Direito do Estado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Pós-Graduada em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

Ligia Maria Silva Melo de Casemiro

Presidente do Instituto Cearense de Direito Administrativo. Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Doutoranda em Direito Econômico e Social pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

Lizandra Correia Bolivar

Advogada. Bacharel pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás.

Luasses Gonçalves dos Santos

Doutorando em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Advogado.

Luciana Moraes Raso Sardinha Pinto

Doutora e mestre em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora de cursos de graduação, especialização e mestrado da Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho – Fundação João Pinheiro.

Luciano Elias Reis

Professor de Direito Administrativo do UNICURITIBA. Mestre em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Especialista em Direito Administrativo e Processo Civil, ambos pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

Luís Alberto Húngaro

Advogado no Escritório Staut, Fonseca, Telles & Padilha, Agostinho. Mestrando em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Integrante do PROPOLIS – Direito Administrativo, Urbanístico, Ambiental e Desenvolvimento da UFPR.

Luiz Alberto Blanchet

Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Professor Titular de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

Luzardo Faria

Acadêmico de Direito da Universidade Federal do Paraná. Pesquisador do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica – PIBIC/CNPq. Membro do Núcleo de Investigações Constitucionais do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR (NINC).

Marcelo Abi-Ramia Caetano

Graduado e Doutor em Economia. Técnico de Planejamento e Pesquisa do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA).

Marcelo Paulo Wacheleski

Mestre pela Univali. Professor do curso de Direito na Universidade do Contestado.

Márcio Araújo Wilinski

Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pós-graduando em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal do Paraná (ESMAFE/PR). Servidor do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR).

Maria Cristina Cesar de Oliveira

Doutora em Direito na área de Concentração, Direitos Humanos e Relações Sociais. Mestre em Direito na área de Concentração, Instituições Jurídico Políticas. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará.

Maria Isabel Araújo Rodrigues

Professora de cursos de graduação, especialização e mestrado da Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho – Fundação João Pinheiro.

Maria Letícia Rodrigues Guimarães Araújo Resende

Mestranda em Direito Administrativo na Universidade Federal de Minas Gerais. Pós-Graduada em Administração Pública pelo Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-Graduada em Direito Eleitoral pelo Centro Universitário Newton Paiva. Advogada autárquica do Município de Belo Horizonte.

Maria Tereza Uille Gomes

Procuradora de Justiça do Paraná. Secretária de Estado da Justiça, Cidadania e Direitos Humanos do Paraná (2011-2014). Doutora em Sociologia pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Educação pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Mariana Bueno Resende

Mestranda em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais.

Marta Cristina Jesus Santiago

Mestre e Doutoranda em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Analista Judiciário área fim e Assistente do Gabinete da Justiça Federal do TRE-BA

Mateus Kuhn

Bacharel em Administração: Gestão Pública na UERGS. Bolsista no Projeto Mais Água: Políticas Públicas e Recursos Hídricos no RS. Membro do Grupo de Pesquisa do CNPq: Políticas, Gestão Pública e Desenvolvimento.

Patrícia M. S. de Camargo

Aluna de Especialização em Gestão Pública na UERGS. Bacharel em Direito pela UNISINOS. Mestre em Letras pela UFRGS.

Pedro Henrique Magalhães Azevedo

Advogado. Mestrando em Administração Pública pela Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho, ligada à Fundação João Pinheiro do Estado de Minas Gerais. Servidor Público do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais lotado no Gabinete do Conselheiro Cláudio Couto Terrão.

Rafael Zaitter

Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná

Ricardo Letizia Garcia

Professor Adjunto da UERGS. Doutor em Economia PPGE/UFRGS.

Ricardo Marcondes Martins

Doutor em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Rodrigo Augusto Lazzari Lahoz

Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto Romeu Felipe Bacellar.

Rogério Gesta Leal

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Professor Titular da Universidade de Santa Cruz do Sul. Professor da Pós-graduação da Universidade do Oeste de Santa Catarina. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.

Sergio de Andrea Ferreira

Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Desembargador Federal do TRF 2ª Região, aposentado. Ex-Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Silvio Luís Ferreira da Rocha

Mestre e Doutor em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Doutor e Livre-Docente em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor em Direito Civil e Administrativo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Juiz Federal Titular da 10ª Vara Criminal Federal em São Paulo Especializada em Lavagem de Dinheiro e Crimes contra o Sistema Financeiro.

Tamira Almeida Martins

Pós-Graduanda em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar

Tarso Cabral Violin

Professor de Direito Administrativo dos Cursos de Pós-Graduação em Direito Constitucional e em Direito Empresarial da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Professor do Curso de Especialização em Licitações e Contratos Administrativos do Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil). Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Doutorando em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Paraná.

Thaís Fernanda Santos da Silva Verçosa

Mestre em Administração com ênfase em Área Financeira. Coordenadora do Núcleo Cível Nelson Wilians Advogados – Filial Belo Horizonte.

Thaís Giselle Diniz Santos

Graduanda em Direito da Universidade Federal do Paraná, com estágio de pesquisa na Université Paris IV – Sorbonne.

Thiago Luís Reinert

Pós-graduando em Direito Tributário pelo IBET.

Thiago Marrara

Professor de Direito administrativo da Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. Livre-docente pela Universidade de São Paulo. Doutor em Direito pela Universidade de Munique – Alemanha. Advogado consultor.

Thiago Piemontez

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

Thiago Priess Valiati

Advogado no Setor de Direito Público do Escritório Gonçalves, Razuk, Lemos & Gabardo. Mestrando em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

Tuany Baron de Vargas

Bacharelanda em Direito pela Universidade Federal do Paraná.

Vitor José Borghi

Mestrando em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Assessor Técnico Especializado da Procuradoria Geral do Município de Guarapuava. Advogado.

Vivianéli Araújo Prestes

Mestranda em Direito do Estado na Universidade Federal do Paraná. Integrante do Núcleo de Pesquisa PROPOLIS, do PPGD da Universidade Federal do Paraná. Especialista em Direito Administrativo.

Esta obra foi composta em fonte Palatino Linotype, corpo 10
e impressa em papel Offset 75g (miolo) e Supremo 250g (capa)
Belo Horizonte/MG, setembro de 2015.