

Alberto Shinji Higa
Arthur Bezerra de Souza Junior
ORGANIZADORES

TEMAS ATUAIS DE DIREITO PÚBLICO

Estudos em Homenagem ao
Professor Toshio Mukai

Prof. Silvio Luís Ferreira da Rocha
PREFÁCIO

Autores

Adolfo Mamoru Nishiyama - Alberto Shinji Higa - Alexandre Hisao Akita - Alexandre Hönigmann - Amanda Scalisse Silva - Ana Maria Pedreira - Andréa Corrêa Lima - Arthur Bezerra de Souza Junior - Carlos José Teixeira de Toledo - Caroline Lopes Placca - Catarina Cardoso Sousa França - Celso Antonio Bandeira de Mello - Christianne de Carvalho Stroppa - Cibele Cristina Baldassa Muniz - Clovis Beznos - Cristiana Fortini - Cristina Barbosa Rodrigues - Daniel Barile da Silveira - Darlene Santiago Poletto - Denismara Knorr - Dinorá Adelaide Musetti Grotti - Emerson Gabardo - Eudes Vitor Bezerra - Flavia Augusta Saviato Tartaro Bertonha - Felipe Chiarello de Souza Pinto - Felipe Dutra Asensi - Fernando Menezes de Almeida - Georges L. H. Humbert - Gilberto Bernardino de Oliveira Filho - Heloise Meneghel - Henrique Bertonha - Ione Camacho Caiuby - Irene Patrícia Nohara - Jackeline Yone Baldo Sekine - José dos Santos Carvalho Filho - José Eduardo de Miranda - Josenir Teixeira - Leonardo Michel Rocha Stoppa - Licurgo Mourão - Lígia Maria Silva Melo de Casimiro - Luís Carlos Germano Colombo - Luis Eduardo Patrone Regules - Luiz Roberto Carboni Souza - Marcos César Botelho - Marcos Pereira Castro - Maria Fernanda Pires - Maria Sylvia Zanella Di Pietro - Patrícia Pacheco Rodrigues - Paulo Modesto - Rafael de Lazari - Renata Porto Adri - Ricardo Glasenapp - Ricardo Marcondes Martins - Ricardo Yamamoto - Ricardo Yudi Sekine - Rita Chió Serra - Rodrigo Pironti - Rosângela Tremel - Rubens Ferreira Junior - Rui Miguel Zeferino Ferreira - Samantha Ribeiro Meyer Pflug Marques - Sérgio Assoni Filho - Sílvia Motta Piancastelli - Silvio Luís Ferreira da Rocha - Simone Zanotello de Oliveira - Taisa Cintra Dosso - Thaís Duarte Zappellini - Thiago Marrara - Vanusa Murta Agrelli - Vladimir da Rocha França - Weida Zancaner

ORGANIZADORES

ALBERTO SHINJI HIGA
ARTHUR BEZERRA DE SOUZA JUNIOR

TEMAS ATUAIS DE
DIREITO PÚBLICO
ESTUDOS EM HOMENAGEM AO
PROFESSOR TOSHIO MUKAI

Londrina/PR
2019



© Direitos de Publicação Editora Thoth, Londrina/PR.
www.editorathoth.com.br
contato@editorathoth.com.br
Diagramação e Capa: Editora Thoth e Nabil Slaibi
Revisão: os autores. Editor chefe: Bruno Fuga
Coordenador de Produção Editorial: Thiago Caversan Antunes

Conselho Editorial

Prof. Me. Anderson de Azevedo • Me. Aniele Pissinati • Prof. Me. Arthur Bezerra de Souza Junior • Prof. Dr. Bianco Zalmora Garcia • Prof. Me. Bruno Augusto Sampaio Fuga • Prof. Dr. Carlos Alexandre Moraes • Prof. Dr. Celso Leopoldo Pagnan • Prof. Dr. Clodomiro José Bannwart Junior • Prof. Me. Daniel Colnago Rodrigues • Prof^ª. Dr. Deise Marcelino da Silva Prof. Dr. Elve Miguel Cenci • Prof. Me. Erli Henrique Garcia • Prof. Dr. Fábio Fernandes Neves Benfatti • Prof. Dr. Fábio Ricardo R. Brasilino • Prof. Dr. Flávio Tartuce • Prof. Dr. Gonçalo De Mello Bandeira (Port.) • Prof. Me. Henrico Cesar Tamiozzo • Prof. Me. Ivan Martins Tristão Prof^ª. Dra. Marcia Cristina Xavier de Souza • Prof. Dr. Osmar Vieira da Silva • Esp. Rafaela Ghacham Desiderato • Prof^ª. Dr. Rita de Cássia R. Tarifa Espolador • Prof. Me. Smith Robert Barreni • Prof. Me. Thiago Caversan Antunes • Prof. Me. Thiago Moreira de Souza Sabião • Prof. Dr. Thiago Ribeiro de Carvalho • Prof. Me. Tiago Brene Oliveira • Prof. Dr. Zulmar Fachin

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

T278 Temas atuais de direito público: estudos em homenagem ao professor Toshio Mukai/ organizadores Alberto Shinji Higa, Arthur Bezerra de Souza Junior. – Londrina, PR: Thoth, 2019.
1119 p.

Inclui bibliografias.
ISBN 978-85-94116-69-7

1. Direito público – Brasil. I. Higa, Alberto Shinji. II. Souza Junior, Arthur Bezerra de.

CDD 342.81

Ficha Catalográfica elaborada pela bibliotecária Rafaela Ghacham Desiderato CRB 14/1437

Índices para catálogo sistemático
1. Direito público : 342

Proibida a reprodução parcial ou total desta obra sem autorização.
Todos os direitos desta edição reservados pela Editora Thoth. A Editora Thoth não se responsabiliza pelas opiniões emitidas nesta obra por seu autor.

SOBRE OS ORGANIZADORES

ALBERTO SHINJI HIGA

Mestre em Direito do Estado e Especialista em Direito Tributário - PUC/SP. Bacharel em Direito e Especialista em Direito Empresarial - MACKENZIE/SP. Procurador do Município de Jundiaí. Professor Universitário em Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito. Ex-Assessor de Subprocuradora-Geral da República (PGR/DF).

ARTHUR BEZERRA DE SOUZA JUNIOR

Doutorando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Direito pela Uninove. Professor da Pós Graduação Lato Sensu em Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie e da graduação em Direito da Unip, Uninove e Ambra University-EUA. Advogado em São Paulo.

SOBRE OS AUTORES

ADOLFO MAMORU NISHIYAMA

Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professor Titular da Universidade Paulista (Unip). Advogado em São Paulo.

ALBERTO SHINJI HIGA

Mestre em Direito do Estado e Especialista em Direito Tributário pela PUC/SP. Especialista em Direito Empresarial e Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Procurador do Município de Jundiaí. Ex-Assessor de Subprocuradora-Geral da República (PGR-MPF). Professor de Direito Administrativo da Universidade Nove de Julho. Professor Conteudista na Pós-Graduação em Direito Administrativo da rede de ensino Kroton.

ALEXANDRE HISAO AKITA

Advogado, Procurador do Município de Jundiaí, Controlador Geral do Município de Jundiaí.

ALEXANDRE HÖNIGMANN

Procurador do Município de Jundiaí e Pós Graduado em Direito Público.

AMANDA SCALISSE SILVA

Mestranda em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie (2018-2019). Possui graduação em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2017). Advogada.

ANA MARIA PEDREIRA

Advogada, pesquisadora e professora universitária, pós-doutoranda em Antropologia pela PUCSP, doutorado concluído em Direito de Estado pela Universidade de São Paulo-USP em regime de co-tutela com a Universidade

de Salamanca-USAL, mestrado em Direito Administrativo pela Universidade de São Paulo, especialista em Direito e Processo do Trabalho (PUCSP), MBA em Direito e Gestão Educacional (EPD), especialista em Direito Empresarial (Instituto Mackenzie), autora de livros e diversos artigos.

ANDRÉA CORRÊA LIMA

Mestre em Direito; Doutoranda em Direito; Supervisora Pedagógica do Centro Universitário Montes Belos; Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Montes Belos; Advogada fundadora de Miranda & Corrêa Lima.

ARTHUR BEZERRA DE SOUZA JUNIOR

Doutorado em andamento em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Direito (Justiça, Empresa e Sustentabilidade) pela Universidade Nove de Julho. Especialista em Direito Processual pela Unisul. Professor da Pós Graduação Lato Sensu em Direito Processual Civil da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor de Direito Constitucional e Direito Processual Civil na Unip-SP e Uninove-SP. Professor convidado da School of legal studies da Ambra College (EUA). Membro da comissão especial de Liberdade de Imprensa do OAB-SP. Advogado atuante em áreas relacionadas ao Direito Público.

CARLOS JOSÉ TEIXEIRA DE TOLEDO

Procurador do Estado de São Paulo. Professor das disciplinas Direito Constitucional e Direito Administrativo da UNINOVE e da Universidade São Judas Tadeu. Mestre e doutorando em Direito pela Universidade de São Paulo.

CAROLINE LOPES PLACCA

Advogada; Mestre em Direito Político e Econômico pela UPM, na qual estudou como bolsista CAPES/PROSUC; é Bacharel em Direito pela mesma Universidade; estudou na Faculdade de Direito da Universidade de Valladolid (Espanha) e segue as linhas de pesquisa de Direitos Humanos e Direito Constitucional.

CATARINA CARDOSO SOUSA FRANÇA

Especialista em Direito Constitucional e Mestre em Constituição e Garantia de Direitos da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Doutoranda em Direito, Processo e Cidadania pela Universidade Católica

de Pernambuco. Professora Convidada dos Cursos de Especialização da Universidade Potiguar, do Centro Universitário do Rio Grande do Norte, da Universidade Federal do Rio Grande do Norte e da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte.

CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO

Professor Emérito de Direito Administrativo da PUC-SP.

CRISTIANA FORTINI

Professora da UFMG e da Faculdade Milton Campos. Doutora em Direito Administrativo, foi Visiting Scholar na George Washington University e é Professora Visitante na Universidade de Pisa. Diretora do IBDA, foi Presidente do Instituto Mineiro de Direito Administrativo (IMDA). Advogada militante na área de direito administrativo.

CHRISTIANNE DE CARVALHO STROPPA

Mestre e Doutoranda em Direito do Estado (PUC/SP), Professora de Direito Administrativo na PUC/SP, Assessora Jurídica no Tribunal de Contas do Município de São Paulo, Advogada, email: c.stroppa@uol.com.br.

CIBELE CRISTINA BALDASSA MUNIZ

Doutora e Mestre em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professora da Universidade Nove de Julho.

CLOVIS BEZNOS

Mestre e Doutor em Direito do Estado pela PUC-SP; Professor de Direito Administrativo na Graduação e Pós-Graduação na PUC-SP; Procurador do Estado Aposentado.

CRISTINA BARBOSA RODRIGUES

Advogada. Mestre em Direito da Sociedade da Informação - Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU, Pós-Graduada em Direito Administrativo Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professora de Direito Administrativo e Direito Tributário da Universidade Paulista – UNIP.

DANIEL BARILE DA SILVEIRA

Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra (IGH/CDH). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (FD-UnB). Professor do Programa de Doutorado e Mestrado da Universidade de Marília (UNIMAR). Professor de Direito Constitucional do Centro Universitário Toledo (UniTolledo). Email: danielbarile@hotmail.com.

DARLENE SANTIAGO POLETTO

Pós Graduada em Direito Administrativo pela PUC-SP. Diretora de Contratações da Unidade de Gestão de Administração e de Gestão de Pessoas da Prefeitura de Jundiáí- SP.

DENISMARA KNORR

Doutoranda em Direito Ambiental Internacional pela Universidade de Köln, Alemanha. Mestre em Direito Tributário pela Universidade de Köln. Advogada e Consultora Jurídica de Direito Brasileiro pela Stock Rechtsanwalts-gesellschaft mbH. Consultora Jurídico pela BAG Business International GmbH. E-mail: dknorr@smail.uni-koeln.de

DINORÁ ADELAIDE MUSETTI GROTTI

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

EMERSON GABARDO

Professor Titular de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Professor Adjunto de Direito Administrativo da Universidade Federal do Paraná, Vice-presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo e Pós-doutor em Direito Público Comparado pela Fordham University – EUA.

EUDES VITOR BEZERRA

Pós Doutor em Direito pela UFSC; Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP; Coordenador do curso de Direito da Uninove.

FELIPE CHIARELLO DE SOUZA PINTO

Mestre e doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, foi membro do Conselho Técnico Científico, do Conselho Superior

e do Comitê da Área do Direito da CAPES-MEC, Atualmente é Diretor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie e Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Político e Econômico, Membro do Comitê da Área do Direito no Programa SciELO/ FAPESP, membro Titular da Academia Paulista de Letras Jurídicas e da Academia Mackenzista de Letras.

FELIPE DUTRA ASENSI

Pós-Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutor em Sociologia pelo Instituto de Estudos Sociais e Políticos (IESP/UERJ). Mestre em Sociologia pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ). Advogado formado pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Cientista Social formado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Aperfeiçoamento em Direitos Fundamentais pela Universidad Complutense de Madrid (UCM), em Empreendedorismo pela University of Maryland (UM) e em Coaching pela University of Cambridge (UCA). Professor visitante da Fundación Universitaria Los Libertadores (FUL). Foi Visiting Scholar da Universidade de Coimbra (UC). Membro da Comissão Tutorial do Programa Internacional Erasmus Mundus (União Européia). Membro vitalício da Academia Luso-Brasileira de Ciências Jurídicas (ALBCJ). Membro Efetivo do Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus). Membro Efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Senior Member da Inter-American Bar Association (IABA). Membro Benemérito do Instituto Latino-Americano de Argumentação Jurídica (ILAAJ). Membro do Comitê Consultivo Nacional da Biblioteca Virtual de Saúde (BVS-Integralidade). Membro Titular da Red Iberoamericana de Derecho Sanitario (RIDS). Membro do Conselho Curador do PenseSUS (Fiocruz). Membro da Asociación Latinoamericana de Sociología (ALAS). Professor Adjunto da UERJ/UCP/USU. Professor convidado da FGV, PUC, IBMEC e Ambra College (EUA). Editor Adjunto da “Coleção Integralidade” na CEPESC Editora. Presidente do Conselho Editorial da Editora Ágora21. Presidente da Comissão de Gestão Jurídica da OAB-RJ. Diretor do Instituto Diálogo. Diretor administrativo do Centro de Estudos e Pesquisa em Saúde Coletiva (CEPESC). Consultor para o Brasil do World Justice Report. Manager of Legal Research and Teaching do Master of Science in Legal Studies da Ambra College (EUA). Bolsista de Produtividade “Jovem Cientista do Nosso Estado”; da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ) e Bolsista de Produtividade “Desenvolvimento Acadêmico e Tecnológico” do Centro de Estudos e Pesquisa em Saúde Coletiva (CEPESC). Email: felipe@institutodialogo.com.br

FERNANDO MENEZES DE ALMEIDA

Professor titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Doutor e livre-docente pela mesma Faculdade. Professor visitante da Université de Lyon (França).

FLÁVIA AUGUSTA SAVIETO TARTARO BERTONHA

Procuradora do Município de Jundiaí/SP. Pós-graduada em Direito Processual pela UNISUL.

GEORGES L. H. HUMBERT

Advogado. Pós-doutor em direito pela Universidade de Coimbra – Portugal. Doutor e mestre em direito pela PUC-SP. Bacharel em direito pela Universidade Católica de Salvador- Bahia. Extensão em Políticas do Solo Urbano, pelo Lincoln Institute of Land Policy – Cambridge (EUA). Professor titular da Unijorge (Ba).

GILBERTO BERNARDINO DE OLIVEIRA FILHO

Especialista em Direito Constitucional e Direito Administrativo pela Escola Paulista de Direito – EPD; Especialista em Interesses Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo; Consultor Jurídico na área de Licitações e Contratos Administrativos e Direito Administrativo; Editor, Professor e Diretor Jurídico da SGP – Soluções em Gestão Pública; ex-Gerente Técnico de Eventos Jurídicos e Consultor da Editora NDJ; Autor de diversos artigos jurídicos.

HELOISE MENEGHEL

Procuradora do Município de Jundiaí/SP. Pós-graduada em Direito Público e Direito Tributário.

HENRIQUE BERTONHA

Procurador da Fundação Municipal de Ação Social (FUMAS) do Município de Jundiaí. Pós-graduado em Direito Processual pela UNISUL.

IONE CAMACHO CAIUBY

Procuradora do Município de Jundiaí há aproximadamente 30 (trinta) anos. Frequentou diversos cursos de especialização e aperfeiçoamento, nas áreas de direito público, privado e processual civil, na Escola Paulista da

Magistratura. Atuou como Conciliadora na Comarca de Jundiá durante aproximadamente 07 (sete) anos.

IRENE PATRÍCIA NOHARA

Livre-docente em Direito Administrativo (USP/2012), Doutora em Direito do Estado (USP/2006), Mestre em Direito do Estado (USP/2002) e graduada pela FADUSP, com foco na área de direito público. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogada Parecerista. Gestora do site direitoadm.com.br.

JACKELINE YONE BALDO SEKINE

Graduada na FMU em 2009, Pós-Graduada “lato sensu” em Direito Constitucional pela PUC-SP, Procuradora do Município de Piracaia-SP;

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO

Mestre em Direito (UFRJ); Professor-palestrante da EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro; Ex-professor da UERJ – Universidade do Estado do Rio de Janeiro e da Universidade Federal Fluminense. Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (aposentado); Consultor Jurídico do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (2009/2012).

JOSÉ EDUARDO DE MIRANDA

Pós-Doutor em Direito; Reitor do Centro Universitário Montes Belos; Professor Pesquisador da AIDC-IEC, da Universidade de Deusto, e da Cátedra Euro Americana de Protección Jurídica de los Derechos de los Consumidores, da Universidad de Cantabria; Professor convidado da Universidad de Deusto e da Universidad de Cantabria, ambas na Espanha; Consultor Jurídico e Educacional; Advogado e Parecerista fundador de Miranda & Corrêa Lima. E-mail: jemiranda@mirandacorrealima.com

JOSENIR TEIXEIRA

Advogado e Mestre em Direito.

LEONARDO MICHEL ROCHA STOPPA

Graduado em Ciências Políticas (2017) e Economia (2018) pela The Open University, Engenharia de Produção (2018) Engenharia Ambiental

(2018) pela Universidade Salgado de Oliveira, Administração (2016) pela Universidade Castelo Branco, Licenciatura em Física (2016) pelo Centro Universitário do Sul de Minas, Engenharia Elétrica e Eletrônica (2016) pela Edexcel/Pearson. Especialização em Jornalismo Político (2015) e Língua Portuguesa (2015) pela AVM educacional LTDA, Engenharia Elétrica com Ênfase em Sistemas (2015) pela Sociedade Educacional de Santa Catarina, Engenharia de Segurança do Trabalho (2015) pela Universidade Candido Mendes. Mestrando em Ciências Jurídicas pela AMBRA College.

LICURGO MOURÃO

Doutor em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela Universidade de São Paulo (USP), com extensões universitárias na Hong Kong University, na California Western School of Law, na Université Paris 1 Pantheon-Sorbonne e na The George Washington University. Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Pós-graduado em Direito Administrativo, Contabilidade Pública e Controladoria Governamental pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Conselheiro substituto do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCEMG).

LÍGIA MARIA SILVA MELO DE CASIMIRO

Professora Adjunta de Direito Administrativo da Universidade Federal do Ceará, Doutora pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Coordenadora de Pesquisa do Instituto Brasileiro de Direito Urbanístico – IBDU.

LUÍS CARLOS GERMANO COLOMBO

Procurador do Município de Jundiaí/SP. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela PUC-Campinas.

LUIS EDUARDO PATRONE REGULES

Advogado em São Paulo; Diretor Jurídico da Fundação Padre Anchieta – Centro Paulista de Rádio e TV Educativas (2013-2014); Chefe de Gabinete da Secretaria de Governo Municipal – Prefeitura de São Paulo (2014-2016) e Coordenador da Equipe de Elaboração do Decreto de Regulamentação do MROSC na Prefeitura de São Paulo; Ex-Chefe da Assessoria Jurídica da Secretaria Municipal da Assistência Social (São Paulo). Mestre em Direito do Estado, concentração em Direito Administrativo, pela Pontifícia Universidade Católica (PUC/SP); Professor Assistente do Curso de Especialização em Direito Constitucional – Pontifícia Universidade

Católica (PUC-SP); Membro das Comissões de Direito do Terceiro Setor e de Direito Constitucional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB-SP); Presidente do Conselho Diretor da Organização da Sociedade Civil ART 19 BRASIL – Pela Liberdade de Expressão; Membro Pesquisador do NEPSAS – Núcleo de Estudos e Pesquisas de Segurança e Assistência Social da PUC/SP; Autor de artigos referentes ao Direito Público e ao Direito do Terceiro Setor, dentre outros temas; Autor da obra “Terceiro Setor – Regime Jurídico das OSCIPs” (Organizações da sociedade civil de interesse público), Editora Método, São Paulo, 2006.

LUIZ ROBERTO CARBONI SOUZA

Advogado, bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Bauru, mantida pela Instituição Toledo de Ensino – ITE; especialista em Direito Empresarial pela Universidade Presbiteriana Mackenzie; especialista em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina UNISUL; mestre em Direito com área de concentração Positivização e Concretização Jurídica dos Direitos Humanos pelo Centro Universitário FIEO – UNIFIEO; autor e coordenador de obras jurídicas, professor universitário das disciplinas de Direito Constitucional, Processo Constitucional Direitos Humanos na Universidade Nove de Julho – UNINOVE.

MARCOS CÉSAR BOTELHO

Advogado da União. Mestre e Doutor em Direito Constitucional. Professor-Adjunto do curso de Direito no Centro de Ciências Sociais Aplicadas da UENP.

MARCOS PEREIRA CASTRO

Procurador do Município de Jundiá; Bacharel e Mestre em Direito Público pela UNESP.

MARIA FERNANDA PIRES

Professora da PUC-MG. Mestre em Direito Administrativo e Doutoranda em Direito Público, é a atual Presidente do Instituto Mineiro de Direito Administrativo (IMDA). Advogada militante na área de direito administrativo.

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO

Professora Titular aposentada da Faculdade de Direito da USP. Procuradora do Estado aposentada. Advogada em São Paulo.

PATRÍCIA PACHECO RODRIGUES

Mestranda em Direito pela Universidade Nove de Julho (UNINOVE) na linha de pesquisa: justiça e o paradigma da eficiência. <http://lattes.cnpq.br/5702557396011791>.

PAULO MODESTO

Professor de Direito Administrativo da Universidade Federal da Bahia. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Público. Presidente do Instituto de Direito Administrativo da Bahia. Membro do Ministério Público da Bahia, da Academia de Letras Jurídicas da Bahia e do Conselho Científico da Cátedra de Cultura Jurídica da Universidade de Girona (Espanha). Diretor da Revista Brasileira de Direito Público. Conselheiro Técnico da Sociedade Brasileira de Direito Público. Membro do Conselho de Pesquisadores do Instituto Internacional de Estudos de Direito do Estado. Doutorando em Direito Público pela Universidade de Coimbra. Ex-Assessor Especial do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado do Brasil. Editor do site www.direitodoestado.com.br.

RAFAEL DE LAZARI

Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal. Estágio Pós-Doutoral pelo Centro Universitário “Eurípides Soares da Rocha”, de Marília/SP. Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica, de São Paulo/SP. Professor da Graduação, do Mestrado e do Doutorado em Direito da Universidade de Marília/SP - UNIMAR. Professor convidado de Pós-Graduação (LFG, EBRADI, Projuris Estudos Jurídicos, IED, dentre outros), da Escola Superior de Advocacia, e de Cursos preparatórios para concursos e Exame da Ordem dos Advogados do Brasil (LFG, Vipjus, IED, IOB Concursos, PCI Concursos, dentre outros). Professor dos Programas “Saber Direito” e “Academia”, na TV Justiça, em Brasília/DF. Membro da Comissão Estadual de Direito e Liberdade Religiosa da OAB/SP. Membro (representando a OAB/SP) do Fórum Inter-Religioso permanente para uma Cultura de Paz e Liberdade de Crença, vinculado à Secretaria de Justiça e da Defesa da Cidadania do Governo do Estado de São Paulo. Membro da UJUCASP - União dos Juristas Católicos de São Paulo. Palestrante no Brasil e no exterior. Autor, organizador e participante de inúmeras obras jurídicas, no Brasil e no exterior. E-mail: prof.rafaeldelazari@hotmail.com.

RENATA PORTO ADRI

Mestre e Doutora em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Analista Jurídica do Ministério Público da União, Mediadora certificada pelo Instituto de Certificação e Formação de Mediadores Lusófonos.

RICARDO GLASENAPP

Ricardo Glasenapp, Doutor em Direito Constitucional pela PUC-SP, onde também titulou-se mestre em Direito Constitucional. Professor de Direito Público junto à UNINOVE e à UniMetroCamp. Coordenador Acadêmico do IELA - Instituto de Estudos Legais Avançados. Autor de obras jurídicas e palestrante.

RICARDO MARCONDES MARTINS

Doutor em Direito Administrativo pela PUC/SP. Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da PUC/SP.

RICARDO YAMAMOTO

Advogado. Mestre em Direito dos Negócios e pós-graduado em Direito Econômico pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas – FGV. Bacharel pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP.

RICARDO YUDI SEKINE

Graduado na FMU em 2009, Pós-Graduado “lato sensu” em Direito Constitucional pela PUC-SP, Procurador do Município de Jundiaí-SP.

RITA CHIÓ SERRA

Advogada, mestre em Administração Pública pela Fundação João Pinheiro, professora de Controles Democráticos e Despesa Pública da Escola de Contas do TCEMG. Coautora do livro Tribunal de contas democrático. Ex-presidente da Comissão de Licitação e ex-pregoeira oficial do TCEMG.

RODRIGO PIRONTI

Pós-Doutor em Direito Público. Doutor e Mestre em Direito Econômico. Certificado em Gestão de Riscos QSP Summit. Certificado em Compliance pela FIPECAFI – USP. Advogado e Parecerista.

ROSANGELA TREMEL

Advogada; Jornalista; Administradora de empresas; Criadora do projeto e Editora-Chefe da Revista Jurídica da Unisul “De fato e De Direito”; Coautora de obras jurídicas; Colunista especial do Instituto Diálogo (RJ); Professora de Direito Público em grau de Mestre para pós-graduação; Colaboradora de periódicos especializados.

RUBENS FERREIRA JUNIOR

Advogado, e professor universitário, especialista em direito Tributário pela COGEAE/PUC-SP, mestre em Direito Administrativo pela PUC-SP, doutorando em Direito Constitucional Tributário pela Pontifícia Universidade Católica – PUCSP, mestrado em Direito Tributário pela (PUCSP), autor de livros e diversos artigos.

RUI MIGUEL ZEFERINO FERREIRA

Professor-Adjunto no Instituto Superior de Entre Douro e Vouga (ISVOUGA). Assistente Convidado no Instituto Politécnico de Bragança (IPB). Investigador da Universidade de Santiago de Compostela (USC), Espanha. Juiz-Árbitro no Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD). Advogado.

SAMANTHA RIBEIRO MEYER- PFLUG MARQUES

Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho e advogada. <http://lattes.cnpq.br/4568093820920860>.

SÉRGIO ASSONI FILHO

Doutor e Mestre pelo Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professor Doutor da Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Parecerista e Conferencista. Advogado.

SIMONE ZANOTELLO DE OLIVEIRA

Doutoranda em Direito Administrativo pela PUC-SP. Professora de Direito Administrativo e Linguagem Jurídica do Centro Universitário Padre Anchieta – Jundiaí-SP.

SÍLVIA MOTTA PIANCASTELLI

Advogada, formada em Administração de Empresas, coautora do livro Controle democrático da administração pública. Servidora no Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.

SILVIO LUÍS FERREIRA DA ROCHA

Mestre e Doutor em Direito Civil pela PUC-SP. Doutor e Livre-Docente em Direito Administrativo pela PUC-SP. Professor dos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da PUC-SP.

TAISA CINTRA DOSSO

Graduada e Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP). Doutoranda em Urbanismo pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas/SP. Professora de Cursos de Pós-Graduação. Procuradora do Município de Ribeirão Preto/SP. Membro do Conselho Fiscal da Associação Nacional dos Procuradores Municipais. Conselheira Estadual da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional São Paulo.

THAÍS DUARTE ZAPPELINI

Advogada; Doutoranda e bolsista do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Político e Econômico na Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM); Mestre em Direito Político e Econômico pela UPM, na qual estudou como bolsista de dedicação exclusiva (fundo Mackpesquisa); é Bacharel em Direito pela mesma Universidade; estudou na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa (Portugal) e segue as linhas de pesquisa da Filosofia Política e Direito Constitucional.

THIAGO MARRARA

Livre Docente em Direito Administrativo pela USP; Doutor em Direito Público pela Ludwig Maximilians Universität (LMU) de Munique Alemanha; Mestre Bacharel em Direito pela USP; Professor da Faculdade de Direito da USP (FDRP).

VANUSA MURTA AGRELLI

Advogada e Consultora com ampla experiência em Gestão e Direito Ambiental. Especialista em Gestão Ambiental (UFRJ). Mestre em Direito Ambiental e Sustentabilidade (Universidade de Alicante, Espanha). Mestre em Ciências Jurídicas (Univali). Diretora estatutária e membro do

Conselho Superior do IAB. Presidente da Comissão de Direito Ambiental do IAB. Professora Universitária. Palestrante convidada na Universidade de Alicante. Palestrante do Encontro Mundial de Jurista da Rio +20, com diversos artigos publicados, no Brasil e no exterior, em livros e revistas especializados em meio ambiente.

VLADIMIR DA ROCHA FRANÇA

Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. Doutor em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Associado do Departamento de Direito Público da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

WEIDA ZANCANER

Mestre em Direito do Estado pela PUC-SP e Professora de Direito Administrativo da PUC-SP.

NOTA DOS ORGANIZADORES

A ideia de organizar uma obra coletiva reunindo reflexões sobre os temas atuais do Direito Público em homenagem ao eminente Doutor Toshio Mukai surgiu da imensa admiração nutrida por estes subscritores, seja em face de sua brilhante trajetória profissional como Professor, Advogado e Jurista, seja em virtude de suas qualidades pessoais, cujos traços marcantes revelam, sobretudo, a sua generosidade, simplicidade e disposição em compartilhar conhecimentos.

O amor do Homenageado pelo Direito e pela docência se revela de forma cristalina em sua vida. Nascido na cidade de Mogi das Cruzes, no Estado de São Paulo, com escolaridade fundamental realizada na cidade de Suzano – SP, e tendo cursado o ensino médio no Colégio Presidente Roosevelt no município de São Paulo, capital do Estado de São Paulo, posteriormente, cursou ciências jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade Estadual da Guanabara, atual Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Cursou o Mestrado em Direito Econômico e Financeiro na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (20.07.1978) e Doutorado em Direito do Estado na mesma instituição (11.01.1983).

No magistério, exerceu a docência como Professor de legislação tributária na Faculdade de Administração de São Paulo (Ateneu Brasil – 1976); Professor de Direito Administrativo na Faculdade de Administração da Fundação Armando Alvares Penteado – 1983 a 1986; Professor titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie (13.02.1986 a 28.12.1987); Professor no Curso de Direito Ambiental – lato sensu – da USP (Faculdade de Direito e Faculdade de Saúde Pública).

Na qualidade de Professor, Advogado e Jurista, integrou, como Membro, o Conselho Editorial da Revista do Tribunal Federal da Primeira Região (Brasília); o Conselho Consultivo da Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura – Revista dos Tribunais, e, ainda, coordenou cientificamente a Revista “Fórum de Direito Urbano e Ambiental” – Ed. Fórum (BH).

Atuou como Assessor Jurídico da SERLA – Superintendência Especial de Regularização de Loteamentos e Arruamentos da Secretaria

de Desenvolvimento Urbano da Prefeitura do Município de São Paulo (aposentado desde 1991) e como Consultor Jurídico da Fundação Memorial da América Latina – 1990/1991.

Constam do curriculum vitae diversos trabalhos publicados em revistas especializadas, num total de 70, sendo que tantos outros foram produzidos.

Participante ativo de prestigiados Congressos e Simpósios na área do Direito, citando, dentre outros: I Congresso de Direito Administrativo – Paraná – 24 a 28 de fevereiro de 1975; Seminário Internacional sobre o Desenvolvimento das Áreas Metropolitanas – São Bernardo do Campo – 20 a 24 de novembro de 1978; Simpósio Nacional de Direito do Meio Ambiente – 18 e 19 de outubro de 1984 – Goiás; I Congresso Jurídico Brasileiro – Alemão – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Seminário sobre “Licitação e Contrato Administrativo” – Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (31 de março a 10 de abril de 1986 – expositor do tema: “contratação direta”); Ciclo de Palestras sobre Direito Municipal – Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre – de 9 a 11 de outubro de 1986; II Simpósio Estadual de Direito Ambiental – SUREHMA – Paraná; X Congresso Brasileiro de Direito Constitucional – Instituto Brasileiro de Direito Constitucional – de 28 a 30 de julho de 1989.

O extenso curriculum do Professor Doutor Toshio Mukai, cuja reprodução integral se torna inviável no presente espaço, ressalta a riqueza da contribuição científica do Homenageado ao Direito Público, o que, certamente, aliada às suas qualidades pessoais já citadas, tornaram a organização da presente obra uma tarefa leve e alegre aos Organizadores, haja vista a imediata adesão, com felicidade, dos estimados Professores e Estudiosos ao projeto, cujo profundo agradecimento ora se registra.

ALBERTO SHINJI HIGA

ARTHUR BEZERRA DE SOUZA JUNIOR

PREFÁCIO

Os organizadores desta obra honraram-me com o duplo convite para escrever um artigo e, depois, prefacia-la. Aceitei ambos com imenso prazer em razão da estima e elevada consideração que tenho pelo nosso homenageado, o doutor Toshio Mukai, ilustre professor, jurista, advogado e parecerista, que, ao longo de sua carreira, publicou inúmeras e relevantes obras, entre elas, o seu curso de Direito administrativo intitulado *Direito Administrativo Sistematizado*.

Os atributos intelectuais do nosso homenageado justificam a razão pela qual uma plêiade de renomados publicistas dedicaram uma parte do seu valioso tempo para escrever preciosos artigos que compõem essa obra, como Adolfo Mamoru Nishiyama, Alberto Shinji Higa, Alexandre Hisao Akita, Alexandre Hönigmann, Amanda Scalisse Silva, Ana Maria Pedreira, Andréa Corrêa Lima, Arthur Bezerra de Souza Junior, Carlos José Teixeira de Toledo, Caroline Lopes Placca, Catarina Cardoso Sousa França, Celso Antônio Bandeira de Mello, Christianne de Carvalho Stroppa, Cibele Cristina Baldassa Muniz, Clovis Beznos, Cristiana Fortini, Cristina Barbosa Rodrigues, Daniel Barile da Silveira, Darlene Santiago Poletto, Denismara Knorr, Dinorá Adelaide Musetti Grotti, Emerson Gabardo, Eudes Vitor Bezerra, Felipe Chiarello de Souza Pinto, Felipe Dutra Asensi, Fernando Menezes de Almeida, Flávia Augusta Savieta Tartaro Bertonha, Georges L. H. Humbert, Gilberto Oliveira, Heloise Meneghel, Henrique Bertonha, Ione Camacho Caiuby, Irene Patrícia Nohara, Jackeline Yone Baldo Sekine, José dos Santos Carvalho Filho, José Eduardo de Miranda, Josenir Teixeira, Leonardo Michel Rocha Stoppa, Licurgo Mourão, Lígia Maria Silva Melo de Casimiro, Luís Carlos Germano Colombo, Luis Eduardo Patrone Regules, Luiz Roberto Carboni Souza, Marcos César Botelho, Marcos Pereira Castro, Maria Fernanda Pires, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Patrícia Pacheco Rodrigues, Paulo Modesto, Rafael de Lazari, Renata Porto Adri, Ricardo Glasenapp, Ricardo Marcondes Martins, Ricardo Yamamoto, Ricardo Yudi Sekine, Rita Chió Serra, Rodrigo Pironti, Rosangela Tremel, Rubens Ferreira Júnior, Rui Miguel Zeferino Ferreira, Samantha Ribeiro Meyer- Pflug Marques, Sérgio Assoni Filho, Sílvia Motta Piancastelli, Silvio

Luís Ferreira da Rocha, Simone Zanotello de Oliveira, Taisa Cintra Dosso, Thaís Duarte Zappelini, Thiago Marrara, Vanusa Murta Agrelli, Vladimir da Rocha França e Weida Zancaner.

Como visto, trata-se de autores de distintas escolas e matrizes ideológicas, mas que têm em comum o mesmo sentimento de amizade, estima, respeito e consideração para com o nosso homenageado, que, diga-se de passagem, sempre se distinguiu pela simplicidade, o jeito afável e gentil no trato com o outro.

Também não poderia deixar de parabenizar aos organizadores da obra Alberto Shinji Higa e Arthur Bezerra de Souza Junior pela excelente ideia de homenagear pessoa de tamanha importância para o círculo jurídico, como o nosso querido amigo Toshio Mukai.

Convido o leitor a apropriar-se dos inúmeros ensinamentos veiculados nesta obra.

Silvio Luís Ferreira da Rocha

Mestre e Doutor em Direito Civil pela PUC-SP. Doutor e Livre-Docente em Direito Administrativo pela PUC-SP. Professor dos Cursos de Graduação e Pós-graduação da Faculdade de Direito da PUC-SP.

SUMÁRIO

SOBRE OS ORGANIZADORES.....	5
SOBRE OS AUTORES.....	7
NOTA DOS ORGANIZADORES.....	21
PREFÁCIO	23

CAPÍTULO 1

Adolfo Mamoru Nishiyama

Rafael de Lazari

O ESTADO E A INCLUSÃO SOCIAL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA	45
Introdução	46
1 O papel do Estado na inclusão das pessoas com deficiência	47
1.1 Antiguidade e idade média.....	47
1.2 O Estado liberal e a revolução francesa	49
1.3 O declínio do Estado liberal.....	50
1.4 O fortalecimento das Constituições.....	52
2 O Estado brasileiro e a inclusão social das pessoas com deficiência ...	53
2.1 A Constituição Federal de 1988 e a inclusão social das pessoas com deficiência	55
2.2 A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência	56
2.3 A Lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência	57
Considerações finais	59
Referências bibliográficas	59

CAPÍTULO 2

Alberto Shinji Higa

Heloise Meneghel

A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DE FOMENTO NO DOMÍNIO SOCIAL E AS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	63
Introdução	63
1 A evolução histórica dos direitos sociais: direitos fundamentais de segunda dimensão e o mínimo existencial	64
2 O papel do Direito nas políticas públicas.....	69

2.1 Da política pública FUNDEB à política pública FUNDEF.....	70
2.2 Da política pública como objeto interdisciplinar	77
2.3 Do direito nas políticas públicas.....	81
3 Da Lei nº 13.019/14 enquanto instrumento de política pública.....	84
3.1 Direito como moldura ou objetivo.....	89
3.2 O direito como vocalizador de demandas.....	90
3.3 O direito como ferramenta.....	90
3.4 O direito como arranjo institucional	90
3.5 O direito como avaliador da política	90
Conclusão.....	91
Referência bibliográfica.....	91

CAPÍTULO 3

Alexandre Hisao Akita

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI FEDERAL 13.655/2018.....	97
Introdução	97
1 Notas propedêuticas sobre a inserção do novel à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro	97
2 O Artigo 20 da LINDB – Consequencialismo Pragmático.....	102
3 O artigo 21 da LINDB - Consequencialismo Jurídico e Administrati- vo.....	106
4 O artigo 22 da LINDB.....	109
5 O artigo 23 da LINDB.....	110
6 O artigo 24 da LINDB.....	112
7 O artigo 26 da LINDB.....	114
8 O artigo 27 da LINDB.....	116
9 O artigo 28 da LINDB.....	120
10 Os artigos 29 e 30 da LINDB.....	124
Considerações finais	126
Referências.....	127

CAPÍTULO 4

Alexandre Hönigmann

Marcos Pereira Castro

DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E A OBRIGAÇÃO LEGISLATIVA MUNICIPAL EM MATÉRIA AMBIENTAL	129
1 Da Proteção Constitucional do Meio Ambiente	129
1.1 Da proteção ambiental como dimensão do desenvolvimento sustentável.....	129
1.2 Do desenvolvimento sustentável na Constituição Federal e da proteção da sua dimensão ambiental.....	133

2 Da Repartição Constitucional de Competências e da obrigação legislativa municipal.....	138
3 A Competência do Município para legislar em matéria ambiental	143
Conclusão.....	151
Bibliografia.....	152

CAPÍTULO 5

Ana Maria Pedreira

Rubens Ferreira Junior

Eudes Vitor Bezerra

A IMPRECISÃO ACERCA DO SISTEMA REMUNERATÓRIO DO SERVIDOR.....	155
Introdução	156
1 Critérios de abrangência dos termos	157
2 O regime de subsídios	158
3 Vencimento e sua feição alimentar	161
4 As “vantagens” pecuniárias	162
5 As diárias e indenizações.....	164
Conclusão.....	164
Referências bibliográficas	165

CAPÍTULO 6

Carlos José Teixeira de Toledo

O DIREITO ADMINISTRATIVO COMUNITÁRIO EUROPEU: RUMO AO DIREITO ADMINISTRATIVO GLOBAL.....	169
Introdução	169
1 A formação da União Europeia enquanto ordem jurídica supranacional.....	170
2 Fontes jurídicas da União Europeia	172
3 O direito administrativo da União Europeia	175
4 O impacto do direito comunitário sobre o direito administrativo nacional.....	177
5 A uniformização do direito administrativo: os desafios da transnacionalidade	181
Conclusões.....	184
Referências bibliográficas	186

CAPÍTULO 7

Celso Antonio Bandeira de Mello

Weida Zancaner

O PAPEL DAS SOCIEDADES E EMPRESAS ESTATAIS	189
--	-----

CAPÍTULO 8

Cristiana Fortini

Maria Fernanda Pires

A DIRETIVA EUROPEIA 2014/24 e as CONTRATAÇÕES PÚBLICAS NO BRASIL.....	197
Introdução	197
1 As Diretivas Europeias e o olhar voltado às contratações públicas ..	198
1.1 Proposta mais vantajosa.....	200
1.2 As micro e pequenas empresas	202
1.3 O aprimoramento das contratações via agregação de demandas ..	204
1.3.1 Concentração da demanda e padronização.....	205
1.3.2 Concentração de certames e a cautela com as micro e pequenas empresas.....	206
1.4 Profissionalização do corpo funcional.....	207
Conclusão.....	208
Bibliografia.....	208

CAPÍTULO 9

Christianne de Carvalho Stroppa

O INSTITUTO DO ‘CARONA’ (ADESÃO) NO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS SEGUNDO TOSHIO MUKAI.....	211
Introdução	211
1 O sistema de registro de preços - SRP	213
2 A previsão legal do ‘carona’	216
3 Validade do instituto do ‘carona’.....	221
Considerações finais	228
Referências bibliográficas	230

CAPÍTULO 10

Cibele Cristina Baldassa Muniz

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DEMOCRÁTICA: O PASSO QUE DEVE SER DADO NA APROXIMAÇÃO COM O CIDADÃO.....	233
Introdução	233
1 A Lei de Processo Administrativo no Brasil: cenário da sua elaboração	234
2 O ponto de inflexão na Lei 9.784/99: um olhar evolutivo que merece ser analisado.....	241
2.1 O âmbito de incidência da Lei 9.784/99 na federação – os Estados e capitais que elaboraram a sua própria legislação.....	241
2.2 A miríade legislativa sobre processo administrativo no Brasil – as Agências Reguladoras tomadas como exemplo	244

2.3 A tentativa de uniformização de abertura dos mecanismos participativos na Lei 13.655/2018.....	246
3 O passo à frente dado pela legislação estrangeira.....	248
Conclusão.....	250
Referências bibliográficas	251

CAPÍTULO 11

Clovis Beznos

A LINDB – ALTERAÇÕES.....	255
---------------------------	-----

CAPÍTULO 12

Daniel Barile da Silveira

OS SERVIÇOS PÚBLICOS ESTATAIS PODERIAM SER EXTINTOS? CRISES E MUDANÇAS ESTRUTURAIS DO DIREITO ADMINISTRATIVO DO SÉCULO XXI.....	269
---	-----

Introdução	270
1 Sobre a noção de crise no discurso jurídico	271
2 Críticas à concepção clássica de serviço público	273
3 O “novo” serviço público no contexto liberal	275
Considerações finais.....	281
Referências bibliográficas	283

CAPÍTULO 13

Darlene Santiago Poletto

O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO APLICADO NAS CONTRATAÇÕES ADMINISTRATIVAS.....	285
---	-----

Introdução	285
1 O princípio da supremacia do interesse público	287
2 Contratos administrativos	288
3 Princípios aplicáveis aos contratos administrativos.....	290
4 Aplicação e obrigatoriedade do princípio da supremacia do interesse público nos contratos administrativos.....	292
4.1 A submissão ao direito administrativo.....	292
4.2 A desigualdade entre as partes	292
4.3 A consecução de objetivos de interesse público	292
4.4 A mutabilidade.....	292
4.5 As cláusulas exorbitantes	293
Considerações finais.....	293
Referências bibliográficas	294

CAPÍTULO 14

Dinorá Adelaide Musetti Grotti

PROCESSO LICITATÓRIO DAS EMPRESAS ESTATAIS: FINALIDADES, PRINCÍPIOS E DISPOSIÇÕES GERAIS..... 295

Introdução 295

1 Disposições de caráter geral..... 299

1.1 Finalidades e princípios do processo licitatório - art. 31, §1º..... 299

1.2 Orçamento para obras e serviços de engenharia - art. 31, §§2º e 3º 311

1.3 Procedimento de manifestação de interesse - art. 31, §§4e e 5e.... 312

2 Diretrizes para as licitações - art. 32, incisos I a V e §§ 1º a 4º 313

2.1 Padronização do objeto da contratação - art. 32, inciso I..... 314

2.2 Busca da maior vantagem competitiva - art. 32, inciso II..... 314

2.3 Parcelamento do objeto - art. 32, inciso III 315

2.4 Adoção preferencial do pregão - art. 32, inciso IV..... 316

2.5 Política de integridade - art. 32, inciso V..... 317

2.6 Disposição final ambientalmente adequada de resíduos sólidos - art. 32, §1º inciso I 317

2.7 Mitigação dos danos ambientais - art. 32, §1º, inciso II..... 319

2.8 Redução do consumo de energia e de recursos naturais - art. 32, §1º inciso III..... 320

2.9 Avaliação de impactos de vizinhança - art. 32, §1e, inciso IV..... 321

2.10 Proteção do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial - art. 32, §1º, inciso V..... 322

2.11 Acessibilidade para pessoas com deficiência - art. 32, §1º, inciso VI 323

2.12 Impacto negativo sobre bens do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial tombados - art. 32, §2º 325

2.13 Utilização de portais de compras na internet - art. 32, §3º..... 326

2.14 Ferramentas eletrônicas para envio de lances - art. 32, §4º 327

3 Da definição do objeto da licitação - art. 33 328

4 Orçamento sigiloso - art. 34, §§1º, 2º e 3º..... 329

5 Aplicação da Lei da Transparência - art. 35 331

6 Pré-qualificação de Fornecedores ou Produtos – art. 36 332

7 Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas - CEIS - art. 37, §§1º e 2º 333

8 Dos impedimentos para participar de licitações e de contratar com empresa estatal - desconsideração da personalidade jurídica - art. 38, incisos I a VIII e parágrafo único 335

9 Publicidade dos atos relativos às licitações e contratos - art. 39, incisos I, II e III. Formas e prazo de publicidade dos atos integrantes do processo da licitação e da contratação..... 338

10 Regulamentos Próprios – art. 40.....	341
11 Aplicação subsidiária da Lei n. 8.666/93 - art. 41	342
Considerações finais	343
Referências bibliográficas	343

CAPÍTULO 15

Emerson Gabardo

Lígia Maria Silva Melo de Casimiro

A REGULAÇÃO DO ESPAÇO URBANO NO BRASIL	347
CONTEMPORÂNEO.....	347
Introdução	347
1 Tecendo a teia do arcabouço urbanístico.....	348
2 Das questões elementares à gestão urbana.....	353
3 À guisa de reflexão	356
Bibliografia.....	358

CAPÍTULO 16

Felipe Chiarello de Souza Pinto

Amanda Scalisse Silva

COMPLIANCE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	361
Introdução	361
1 Situando a administração pública brasileira.....	363
2 A governança corporativa na administração pública	366
3 O compliance no setor público brasileiro: realidade e propostas	368
Considerações finais	371
Referências bibliográficas	374

CAPÍTULO 17

Felipe Dutra Asensi

Arthur Bezerra de Souza Junior

DIREITO E POLÍTICA: UMA REFLEXÃO MULTIDISCIPLINAR SOBRE ESTRATÉGIAS DE REIVINDICAÇÃO DE DIREITOS ...	377
Introdução	378
1 Associação “umbilical” entre direito, território e estado.....	379
2 Assunção da lei como fonte primária e predominante do direito.....	384
3 Centralidade do poder judiciário no processo de reivindicação e efetivação de direitos	394
Conclusão.....	408
Referências	409

CAPÍTULO 18

Fernando Menezes de Almeida

O “REPORTANTE” NA PERSPECTIVA DO DIREITO BRASILEIRO	413
Introdução	413
1 As bases constitucionais	414
2 O direito infraconstitucional.....	417
3 Contexto atual de combate à corrupção.....	420
4 Um projeto de lei em discussão	422
Considerações finais	424
Referências bibliográficas	425

CAPÍTULO 19

Georges L. H. Humbert

TRIBUNAL INTERNACIONAL AMBIENTAL: NECESSIDADE E ADEQUAÇÃO CONCRETIZAÇÃO DA SUSTENTABILIDADE INTERGERACIONAL	427
Introdução	427
1 Dano ao meio ambiente e seus efeitos intergeracionais.....	428
2 Natureza humanística e intergeracional da tutela ao meio ambiente, como pressuposto da tutela internacional do bem ambiental	433
3 A necessária proteção do meio ambiente enquanto interesse jurídico humano e intergeracional.....	438
4 O paradigma da existência de tribunais internacionais como entidades de solução de conflitos humanos transnacionais e intergeracionais: necessidade e adequação.....	443
Conclusões.....	449
Referências.....	450

CAPÍTULO 20

Gilberto Bernardino de Oliveira Filho

CAUTELAS RELATIVAS AO OBJETO DA LICITAÇÃO PÚBLICA.....	463
Introdução	463
1 Descrição do objeto	464
2 Indicação de marca.....	466
3 Utilização das expressões “ou similar”, “ou equivalente”	472
4 Solicitação de amostra ou protótipo.....	473
5 Vedação de propostas que cotem objetos de péssima qualidade	477
7 Condições de recebimento do objeto.....	479
Conclusão.....	481
Bibliografia.....	482

CAPÍTULO 21

Henrique Bertonha

Flávia Augusta Savieto Tartaro Bertonha

REFLEXOS DA BOA-FÉ OBJETIVA NA RELAÇÃO JURÍDICO-ADMINISTRATIVA	483
Introdução	483
1 Da boa-fé objetiva	484
1.1 Princípios norteadores do Código Civil de 2002	484
1.1.1 Princípio da socialidade.....	484
1.1.2 Princípio da eticidade.....	485
1.1.3 Princípio da operabilidade	485
1.2 Boa-fé subjetiva e objetiva	486
1.2.1 Boa-fé subjetiva.....	486
1.2.2 Boa-fé objetiva.....	486
2 Da boa-fé objetiva como cláusula geral	488
3 Da aplicação da boa-fé objetiva no direito administrativo	489
4 Funções da boa-fé objetiva e seus reflexos no direito administrativo.....	491
4.1 Função interpretativa.....	491
4.2 Função integrativa.....	492
4.2.1 Da violação dos deveres anexos.....	493
4.3 Função limitadora ou de controle	494
5 Desdobramentos da boa-fé objetiva: das figuras parcelares	494
5.1 Venire contra factum proprium	495
5.2 Suptessio e Surrectio	497
5.3 Tu quoque	499
Considerações finais.....	499
Referências bibliográficas	500

CAPÍTULO 22

Ione Camacho Caiuby

A RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO PODER PÚBLICO	503
Introdução	503
1 Delimitação do tema. Da reponsabilidade extracontratual do estado.....	504
2 Tipos de atos que podem gerar responsabilidade do estado	505
3 “O interesse público leva ao serviço e o serviço realiza o interesse público”.....	505
4 Elementos configuradores da responsabilidade extracontratual do estado.....	507
5 Da teoria do risco administrativo.....	508

6	Órgãos públicos como fornecedores de serviços.....	509
6.1	Da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço.....	509
6.2	Ônus da prova	510
7	Da teoria da culpa administrativa.....	510
8	Antijuricidade indispensável à responsabilidade civil do estado..	511
9	Caso fortuito ou força maior	511
10	Doutrina.....	511
11	Teoria da “faute du service” e sua contribuição para o direito público	514
12	Da jurisprudência	515
12.1	Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.....	515
	Conclusão.....	526
	Referência.....	527

CAPÍTULO 23

Irene Patrícia Nohara

Cristina Barbosa Rodrigues

	TRANSFORMAÇÃO NAS LICITAÇÕES PELO PREGÃO: AVANÇOS E ASPECTOS CONTROVERTIDOS DO USO DA MODALIDADE	529
	Introdução	529
1	Pregão: conceito e vantagens.....	530
2	Histórico e critérios para utilização do pregão	532
3	Procedimento do pregão presencial	536
4	Procedimento do pregão eletrônico	543
	Considerações finais	551
	Referências	552

CAPÍTULO 24

José dos Santos Carvalho Filho

	IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: RAZÕES SOCIOLÓGICAS	555
	Introdução	555
1	Elementos jurídicos: quadro normativo	556
2	Elementos sociológicos	560
3	Constituição e sociologia.....	563
	Considerações finais	566
	Referências bibliográficas	567

CAPÍTULO 25

José Eduardo de Miranda

Andréa Corrêa Lima

QUESTÕES ELEMENTARES INTRÍNSECAS À DESTINAÇÃO DO FUNDEB EXCLUSIVAMENTE ÀS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL: ESTUDO EMPÍRICO SOBRE UM CHAMAMENTO PÚBLICO NO MUNICÍPIO DE IVOTI, NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.....	569
Introdução	570
1 Sobre o FUNDEB	571
2 Da legitimidade dos municípios para a utilização das verbas originárias do fundeb à finalidade da destinação dos recursos	574
3 Da discriminação imposta pela lei N° 11.494/2007 ao restringir a participação nos fundos apenas para entidades comunitárias, confessionais ou filantrópicas, sem fins lucrativos, à impropriedade no uso da lei N° 13.019, de 31 de julho de 2014	575
4 As bases de um estudo empírico: o chamamento público levado a efeito pelo município de ivoti, no estado do Rio Grande do Sul, através do edital 97, de 01 de junho de 2018	578
5 O fêretro dos princípios constitucionais congêneres à matéria: isonomia, livre iniciativa, segurança jurídica e universalidade	580
6 A título de últimas palavras.....	586
Referências	587

CAPÍTULO 26

Josenir Teixeira

A OJERIZA À TAXA DE ADMINISTRAÇÃO E A POSSIBILIDADE DE PAGAMENTO DE CUSTOS INDIRETOS DAS ENTIDADES SEM FINS LUCRATIVOS PELO PODER PÚBLICO.....	591
Introdução	591
1 A qualificação de Organização Social das entidades sem fins lucrativos	592
2 Inexistência de óbice legal à obtenção de lucro pelas entidades sem fins lucrativos	595
3 A conceituação de taxa de administração	599
4 Algumas normas jurídicas que proíbem a previsão da cobrança de taxa de administração e decisões que ratificam tal posição	601
5 A contribuição do artigo 56 da Lei n. 12.873/13 com o debate.....	603
6 Possibilidade de cobrança de valores para pagamento de custos indiretos.....	606
7 As circunstâncias que impedem as entidades possuírem recursos próprios	614
Conclusão.....	615
Referências	617

CAPÍTULO 27

Leonardo Michel Rocha Stoppa

ELETRICIDADE E IMPACTO AMBIENTAL TROCANDO HIDRELÉTRICAS POR TERMELÉTRICAS	619
Introdução	619
1 Abordagem histórica.....	620
2 Geração de energia elétrica	622
3 O sistema elétrico	623
3.1 Trade-off: Menos hidrelétricas, mais térmicas	625
4 Verdade científica e verdade publicada	626
5 A geração e impacto socioeconômico.....	628
6 Comparando o impacto ambiental	632
6.1 Impactos ambientais da geração hidrelétrica	633
6.2 Impactos ambientais da geração termelétrica.....	634
6.3 Trade off ambiental – Termelétricas por hidrelétricas.....	635
Conclusão.....	636
Referências bibliográficas	637

CAPÍTULO 28

Licurgo Mourão

Rita Chió Serra

Sílvia Motta Piancastelli

O FUTURO DAS LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES E O PROJETO DE LEI N. 6.814/2017	639
Introdução	640
1 O Atual Sistema de Aquisições e Contratações do Setor Público	640
2 O Reforço do Planejamento no PL n. 6.814/2017	642
3 Inovações no Projeto de Lei n. 6.814/2017	645
3.1 O diálogo competitivo.....	645
3.2 Contrato de eficiência	647
3.3 Matriz de risco	648
3.4 Habilitação Pós-Julgamento: a inversão de fases em relação ao padrão do Art. 43 da Lei n. 8.666/1993.....	649
3.5 O registro de preços e a prática do carona.....	650
3.6 A criação do agente de licitação.....	652
4 A ação dos tribunais de contas em relação ao sistema de licitações e contratações públicas	653
Considerações finais	655
Referências bibliográficas	656

CAPÍTULO 29

Luís Carlos Germano Colombo

EMPREGADO PÚBLICO E A ESTABILIDADE CONSTITUCIONAL DO ART. 41	659
Introdução - Antecedentes históricos e definições	659
1 Estabilidade do empregado público – Divergências na Doutrina e nas decisões judiciais	668
Considerações finais	682
Referências bibliográficas	683

CAPÍTULO 30

Luis Eduardo Patrone Regules

O PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO SOCIAL NA FORMULAÇÃO DAS POLÍTICAS DE ASSISTÊNCIA SOCIAL.....	687
1 Aspectos preambulares	688
2 O princípio constitucional da participação social	689
3 O papel regulatório dos conselhos de políticas públicas na assistência social	691
4 Os Desafios enfrentados pelo CNAS e os Avanços Normativos que edificaram o SUAS (Sistema Único de Assistência Social).....	693
5 A importância da participação social como instrumento de consolidação da lei geral de parcerias – MROSC (Lei nº 13.019/14).....	703
Conclusão	705
Bibliografia.....	707

CAPÍTULO 31

Luiz Roberto Carboni Souza

Marcos César Botelho

A LEGALIDADE DA UTILIZAÇÃO DE SOFTWARE DE LANCES AUTOMÁTICOS NO PREGÃO ELETRÔNICO	709
Introdução	709
1 Licitação: conceito.....	710
1.1 O dever constitucional de licitar	714
1.2 A igualdade como princípio condutor da licitação	715
2 Pregão eletrônico: breves considerações.....	716
3 A utilização de robôs no pregão eletrônico.....	719
Conclusões.....	725
Referências	726

CAPÍTULO 32

Maria Sylvia Zanella Di Pietro

OS DIREITOS DOS USUÁRIOS DE SERVIÇO PÚBLICO NO

DIREITO BRASILEIRO	729
1 A noção de serviço público e sua justificativa.....	729
2 O serviço público como dever do Estado e direito do usuário	731
3 O usuário de serviço público perante o Código de Defesa do Consumidor - CDC	737
4 A lei de defesa do usuário de serviço público.....	741

CAPÍTULO 33

Paulo Modesto

É POSSÍVEL SUPERAR O CLIENTELISMO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DO BRASIL? ARGUMENTOS JURÍDICOS E SUGESTÕES PARA LIMITAR A CRIAÇÃO E O PROVIMENTO ABUSIVO DE CARGOS PÚBLICOS EM COMISSÃO NOS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988	747
---	-----

1 A Constituição de 1988, o princípio republicano e o clientelismo administrativo: breve panorama de situações típicas.....	747
2 A Emenda Constitucional N. 19/1998 e a instituição de limitação material para a criação e provimento de cargos em comissão: avanço insuficiente	767
3 Limites jurídicos formais e materiais adicionais de invocação cabível: sugestões legislativas.....	773
Conclusão.....	790
Doutrina referida	792
Decisões judiciais referidas.....	796

CAPÍTULO 34

Renata Porto Adri

BREVES REFLEXÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE.....	801
---	-----

Introdução	801
1 Do conceito e estrutura principiológica.....	802
2 Da breve conceituação do vocábulo: impessoalidade.....	804
3 Da impessoalidade como característica do estado de direito e o direito comparado	804
4 Dos fundamentos do princípio da impessoalidade	809
Conclusão.....	811
Bibliografia.....	812

CAPÍTULO 35

Ricardo Glasenapp

Denismara Knorr

A TITULARIDADE DO DIREITO AMBIENTAL COMO FATOR	
--	--

DETERMINANTE À SUA PROTEÇÃO NA ALEMANHA E NO BRASIL: ESTADO X CIDADÃO.....	815
1 A proteção do direito ambiental no direito alemão	816
2 A proteção do Direito Ambiental no Direito brasileiro.....	821
3 Sobre a titularidade do direito ambiental na Alemanha e no Brasil...	825
Conclusão.....	829
Referências bibliográficas	830

CAPÍTULO 36

Ricardo Marcondes Martins

A CONTRIBUIÇÃO DE TOSHIO MUKAI AO REGIME JURÍDICO DAS EMPRESAS ESTATAIS.....	831
Introito	831
1 Conceito unitário de direito administrativo	832
2 Regras privadas aplicáveis à administração pública.....	835
3 Atos e contratos da Administração	838
4 Serviço público e atividade econômica	839
5 Empresas estatais.....	841
6 Contrafações de autarquias	842
7 Exploração estatal de atividade econômica.....	844
Conclusões.....	845
Referências bibliográficas	847

CAPÍTULO 37

Ricardo Yamamoto

APONTAMENTOS SOBRE A ARBITRABILIDADE OBJETIVA NOS LITÍGIOS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	851
Introdução	851
1 Disponibilidade dos direitos patrimoniais	853
2 Interesse público primário e secundário	857
3 Outros critérios de distinção.....	859
4 Algumas decisões da jurisprudência	863
5 Sentenças arbitrais apreciando a questão da arbitrabilidade objetiva	868
Conclusão.....	875
Referências.....	875

CAPÍTULO 38

Ricardo Yudi Sekine

Jackeline Yone Baldo Sekine

CONTEXTUALIZAÇÃO DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM RELAÇÃO AO ARTIGO 1º-F DA LEI Nº 9.494/97, COM	
---	--

REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.960/2009: BREVE ANÁLISE DAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE N.º(S) 4.357 E 4.425, RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 870.947 (TEMA N.º 810) E RECURSO ESPECIAL Nº 1.492.221 (TEMA 905)	879
Introdução	879
Contextualização jurisprudencial.....	882
Considerações finais	895
Referências bibliográficas	896

CAPÍTULO 39

Rodrigo Pironti

A ELABORAÇÃO DA MATRIZ DE RISCOS NOS CONTRATOS CELEBRADOS POR EMPRESAS ESTATAIS	899
1 O problema	899
2 A cláusula de matriz de risco nos contratos administrativos das estatais	899
3 Desmistificando a elaboração da matriz de risco nos contratos das estatais.....	901

CAPÍTULO 40

Rosângela Tremel

MORALIDADE, IMPROBIDADE, EFICIÊNCIA E COMPLIANCE: VARIÁVEIS DE UM TEOREMA JURÍDICO	909
Introdução	909
1 Administração pública: considerações iniciais	910
2 Moralidade e improbidade	913
3 Eficiência e compliance	918
Considerações finais	929
Referências	930

CAPÍTULO 41

Rui Miguel Zeferino Ferreira

O FUNCIONAMENTO DOS SISTEMAS ELEITORAIS NOS PAÍSES OCIDENTAIS: UMA VISÃO GLOBAL PARA O FUTURO	935
Introdução	935
1 O conceito de sistema eleitoral e os seus problemas	938
2 A classificação dos sistemas eleitorais	940
2.1 Os sistemas eleitorais majoritários.....	942
2.1.1 Os sistemas eleitorais majoritários a uma volta.....	943
2.1.2 Os sistemas eleitorais majoritários a duas voltas.....	944
2.2 Os sistemas eleitorais de representação proporcional.....	948
3 As vantagens e desvantagens dos sistemas eleitorais proporcionais	951

4 Os sistemas eleitorais mistos	952
Considerações finais	953
Referências bibliográficas	955

CAPÍTULO 42

Samantha Ribeiro Meyer - Pflug Marques

Patrícia Pacheco Rodrigues

A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA.....	959
Introdução	959
1 Do acesso à justiça ao paradigma da eficiência.....	964
Métodos adequados de solução de conflitos para o acesso à justiça ...	972
Considerações finais	974
Referências	978

CAPÍTULO 43

Sérgio Assoni Filho

“ESTATUTO DA CIDADE” E CONTROLE SOCIAL ORÇAMENTÁRIO.....	981
Introdução	981
1 Direito urbanístico e “Estatuto da Cidade”	982
2 “Estatuto da Cidade” e planejamento	984
3 Gestão democrática das cidades.....	986
4 Associativismo, participação popular e influência orçamentária local	988
5 Controle social orçamentário.....	991
Considerações finais	993
Referências bibliográficas	994

CAPÍTULO 44

Simone Zanotello de Oliveira

PONDERAÇÃO ENTRE O IUS VARIANDI E O PRINCÍPIO DA INALTERABILIDADE DO OBJETO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	997
Introdução	997
1 Contratos administrativos – conceito e características	998
2 Possibilidade de alteração contratual – “ius variandi”	1000
2.1 Alterações contratuais unilaterais	1002
2.2 Alterações contratuais por acordo entre as partes	1004
3 Ponderação entre os ius variandi e o princípio da inalterabilidade do objeto	1007
Considerações finais	1010

Referências	1010
-------------------	------

CAPÍTULO 45

Silvio Luís Ferreira da Rocha

ALTERAÇÕES NA CONCEPÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO NO DIREITO BRASILEIRO	1013
1 O conceito de contrato.....	1013
2 O Conceito de Contrato Administrativo	1015
3 Influência no sistema jurídico francês na nossa concepção de contrato administrativo	1017
4 Influência do sistema jurídico alemão	1020
Conclusão.....	1022
Bibliografia.....	1022

CAPÍTULO 46

Taisa Cintra Dosso

OS DESASTRES AMBIENTAIS NO BRASIL E O DIREITO.....	1025
Introdução	1025
1 Os desastres ambientais no Brasil na última década	1025
2 O papel do Direito e das instituições: o direito dos desastres, a atuação dos órgãos ambientais e a responsabilidade por danos ambientais	1028
3 O bem ambiental	1036
Referências bibliográficas	1039

CAPÍTULO 47

Thaís Duarte Zappellini

Caroline Lopes Placca

INTERVENÇÃO ESTATAL NO DOMÍNIO ECONÔMICO: A DICOTOMIA ENTRE ABSENTEÍSMO E INTERVENCIONISMO E A CRISE DAS DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS.....	1041
Introdução	1041
1 O dismantelamento do estado social: consequências ao estado contemporâneo	1043
1.1 Estado de direito e estado social	1043
1.2 Estado e economia: uma relação divergente	1045
2 Limites jurídicos ao intervencionismo e a crise democrática do século XXI	1048
2.1 Facetas do intervencionismo	1048
2.2 Democracia econômica: perspectivas e apontamentos.....	1051
Considerações finais	1054
Referências bibliográficas	1054

CAPÍTULO 48

Thiago Marrara

CONCESSÃO DE USO ESPECIAL PARA FINS DE MORADIA (CUEM): O QUE MUDOU EM SEU REGIME JURÍDICO DESDE A CONSTITUIÇÃO DE 1988 ATÉ A LEI N. 13.465 DE 2017?	1057
Introdução	1057
1 1988: Bases constitucionais.....	1059
2 2001: A previsão frustrada no Estatuto da Cidade	1062
3 2001: A edição da MP n. 2.220 e a consagração do instituto	1064
4 2007: As modificações da Lei n. 11.481 e o regime da CUEM federal.....	1070
5 2017: As modificações da Lei n. 13.465.....	1072
Conclusão	1075
Referências bibliográficas	1076

CAPÍTULO 49

Vanusa Murta Agrelli

ROMPIMENTO DA BARRAGEM DE FUNDÃO E DE CÓRREGO DO FEIJÃO: LACUNAS NA PRECAUÇÃO E NA INFORMAÇÃO COMO FATO GERADOR DE DESLOCAMENTO AMBIENTAL E OUTROS DANOS HUMANITÁRIOS.....	1079
Introdução	1080
1 Os instrumentos de controle à luz da Precaução	1082
2 Deficiência da educação e da informação ambiental: obstáculo para a participação popular nos licenciamentos com repercussão humanitária e ambiental.....	1097
3 Deslocamento ambiental e dano à identidade como dimensão humanitária do rompimento das barragens.....	1103
Considerações finais	1112
Referências.....	1117

CAPÍTULO 50

Vladimir da Rocha França

Catarina Cardoso Sousa França

APONTAMENTOS SOBRE A DESAPROPRIAÇÃO URBANÍSTICA NO DIREITO BRASILEIRO	1123
Introdução	1123
1 Direito de propriedade na Constituição Federal.....	1124
2 Desapropriação no direito brasileiro	1127
3 As desapropriações urbanísticas.....	1129
Considerações finais	1131
Referências bibliográficas	1132

CAPÍTULO 1

O ESTADO E A INCLUSÃO SOCIAL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

ADOLFO MAMORU NISHIYAMA

Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professor Titular da Universidade Paulista (Unip). Advogado em São Paulo.

RAFAEL DE LAZARI

Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal. Estágio Pós-Doutoral pelo Centro Universitário “Eurípides Soares da Rocha”, de Marília/SP. Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica, de São Paulo/SP. Professor da Graduação, do Mestrado e do Doutorado em Direito da Universidade de Marília/SP - UNIMAR. Professor convidado de Pós-Graduação (LFG, EBRADI, Projuris Estudos Jurídicos, IED, dentre outros), da Escola Superior de Advocacia, e de Cursos preparatórios para concursos e Exame da Ordem dos Advogados do Brasil (LFG, Vipjus, IED, IOB Concursos, PCI Concursos, dentre outros). Professor dos Programas “Saber Direito” e “Academia”, na TV Justiça, em Brasília/DF. Membro da Comissão Estadual de Direito e Liberdade Religiosa da OAB/SP. Membro (representando a OAB/SP) do Fórum Inter-Religioso permanente para uma Cultura de Paz e Liberdade de Crença, vinculado à Secretaria de Justiça e da Defesa da Cidadania do Governo do Estado de São Paulo. Membro da UJUCASP - União dos Juristas Católicos de São Paulo. Palestrante no Brasil e no exterior. Autor, organizador e participante de inúmeras obras jurídicas, no Brasil e no exterior. E-mail: prof.rafaeldelazari@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

É com imensa alegria que recebemos convite para escrever nessa obra coletiva em homenagem ao Professor Toshio Mukai, um dos grandes expoentes do Direito Público brasileiro que já contribuiu com inúmeros livros, pareceres, palestras e artigos científicos nesta área. Ele conseguiu aliar a academia com a advocacia, sendo uma referência nacional na seara pública. É uma justa homenagem que os organizadores desta obra fazem a esse reconhecido publicista.

Apresentamos neste singelo artigo, o papel do Estado e a inclusão social das pessoas com deficiência. O objetivo do Estado, como é sabido, é a busca do bem comum. Isso ficou mais evidente com o desenvolvimento da teoria do Estado social, onde se busca a proteção dos grupos vulneráveis e das minorias. Nesse sentido, ganha destaque o constitucionalismo que se desenvolveu a partir da Revolução Francesa e mais recentemente destaca-se o neoconstitucionalismo ou pós-positivismo¹. Essa nova teoria desenvolveu-se após o término da Segunda Guerra Mundial, onde houve a violação atroz dos direitos humanos. Os direitos humanos, pós-guerra, passaram a ser preocupação constante do direito internacional e houve o renascimento do constitucionalismo nos diversos Estados.

Nesse cenário histórico desenvolveu-se, na era moderna, a necessidade de proteção das pessoas com deficiência pelos Estados, em especial a sua inclusão social. As liberdades públicas positivas passaram a fazer parte dos textos constitucionais. Aos poucos, os documentos internacionais de proteção dos direitos humanos passaram a ser incorporados nas Constituições dos diversos Estados, entre os quais o brasileiro. É assim que a Constituição da República Federativa do Brasil passou a prever, em diversos artigos, a necessidade de inclusão das pessoas com deficiência.

O presente artigo pretende demonstrar como o Estado brasileiro aborda a questão da inclusão social das pessoas com deficiência. Inicialmente, analisaremos o tratamento conferido pelo Estado às pessoas com deficiência na Antiguidade e na Idade Média. Na era moderna, passaremos pela Revolução Francesa, o declínio do Estado liberal e o ressurgimento do constitucionalismo. Verificaremos como o Estado brasileiro faz a proteção das pessoas com deficiência, em especial em relação à sua inclusão social,

1. Nesse sentido: “Com o fracasso do positivismo e o resgate do elemento axiológico do direito pelo humanismo, diversos documentos internacionais e nacionais sobrevieram, num processo de internacionalização, regionalização e incorporação dos direitos fundamentalmente humanos declarados expressamente. Embora tenha se pretendido um retorno ao conceito de lei natural, o que surgiu foi um novo movimento, chamado pós-positivismo” (LAZARI, Rafael de. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 62).

analisando o texto constitucional, a Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência e o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

1 O PAPEL DO ESTADO NA INCLUSÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

1.1 ANTIGUIDADE E IDADE MÉDIA

O Estado é dotado de certas características que o compõem. Seus quatro elementos básicos são: a soberania, o território, o povo e a finalidade². Não há um consenso sobre o seu surgimento. Os pensadores apontam, pelo menos, três teorias a esse respeito: (a) para alguns doutrinadores, o Estado sempre existiu junto com a própria sociedade, pois o homem está integrado em uma organização social dotada de poder e possui uma autoridade que determina o comportamento de todo o grupo; (b) outros autores entendem que a sociedade humana existiu sem o Estado por certo período de tempo. Posteriormente, por motivos diversos, o Estado foi constituído para atender às necessidades dos grupos sociais, não havendo concomitância no surgimento do Estado em diferentes lugares, uma vez que ele foi surgindo conforme as condições concretas de cada lugar; (c) uma terceira corrente entende que o Estado nasceu a partir do século XVII, pois é dotado de certas características muito bem definidas que só foram esboçadas nesse período³.

Apesar de o conceito de Estado ter surgido a partir do século XVII, não podemos ignorar que ele já existia desde a Antiguidade, influenciando na vida das pessoas. Durante muito tempo, o Estado não se preocupou com a proteção das pessoas com deficiência. Pelo contrário, elas não possuíam direitos. A lei não permitia a convivência social das pessoas “disformes ou monstruosas” e, conseqüentemente, ordenava-se ao pai que matasse o filho que nascesse com alguma espécie de deficiência⁴. A cultura de vários Estados rejeitava as pessoas que nasciam com alguma deficiência, sendo que a prática do infanticídio vigorou por séculos. É o que se nota, por exemplo, na antiga Índia, onde os filhos com malformação eram jogados no rio Ganges. Por outro lado, quando não eram mortos, não possuíam direitos.

2. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 79.

3. DALLARI, Dalmo de Abreu, op. cit., p. 60-61.

4. COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma*. Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Hemus, 1975, p. 183.

Por exemplo, pelo código de Manu as pessoas com deficiência como “os cegos e surdos de nascimento, os loucos, idiotas, mudos e estropiados”, não eram admitidos a herdar⁵.

A situação das pessoas com deficiência não melhora na Idade Média. Este período foi influenciado profundamente pelo dogma da Igreja Católica, uma vez que as representações de saúde e doença passaram a ter fundamento religioso. A Idade Média foi marcada por catástrofes e pestes, como a hanseníase⁶, e a sociedade procurava explicações sobrenaturais, o que era preenchido pelo Cristianismo. Jesus Cristo representava o guardador das almas, e os santos eram reverenciados para prevenir as doenças. Os sacerdotes cristãos eram os enviados de Deus para conferir a cura e os milagres tanto do corpo quanto da alma. Essas crenças sobrenaturais levaram ao surgimento da Santa Inquisição nos séculos XIII e XIV, lideradas pela Igreja Católica, com a perseguição, tortura e morte das pessoas com deficiência, principalmente em relação àqueles que tinham alguma deficiência intelectual⁷.

A Igreja Católica possuía milhares de propriedades, o que a tornava forte e poderosa. Além disso, a personificação de Cristo e de um Ser Supremo fazia com que as pessoas submetessem sua vontade à da Igreja por causa da fé⁸. Havia uma profunda crença arraigada na sociedade medieval de que a Igreja deveria ser obedecida e seus dogmas aceitos⁹. A Santa Inquisição era um meio de impor a autoridade religiosa, com a queima dos dissidentes e das pessoas consideradas insanas, mas, por outro lado, havia também a promessa de que algo melhor e mais duradouro deveria seguir-se após a morte¹⁰.

-
5. NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *Proteção jurídica das pessoas com deficiência nas relações de consumo*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 28.
 6. A hanseníase, também conhecida como lepra, se espalhou durante a Idade Média, segundo Michel Foucault: “A partir da alta Idade Média, e até o final das Cruzadas, os leprosários tinham multiplicado por toda a superfície da Europa suas cidades malditas. Segundo Mathieu Paris, chegou a haver 19.000 delas em toda a cristandade” (FOUCAULT, Michel. *História da loucura na Idade Clássica*. Tradução de José Teixeira Coelho Netto. São Paulo: Perspectiva, 1978, p. 7).
 7. MACIEL, Silvana Carneiro. *Exclusão/inclusão social do doente mental/louco: representações e práticas no contexto da reforma psiquiátrica*. Tese (Doutorado em Psicologia Social) - Universidade Federal de Paraíba. João Pessoa, 2007, p. 22-23. Disponível em: <<http://bdtd.biblioteca.ufpb.br>>. Acesso em: 18 dez. 2018.
 8. GALBRAITH, John Kenneth. *Anatomia do poder*. Tradução de Hilário Torloni. 4. ed. São Paulo: Pioneira, 1999, p. 96.
 9. Idem.
 10. Ibidem, p. 98.

Ao final da Idade Média, a hanseníase começa a desaparecer na Europa, mas entre os séculos XIV e XVII surgiu “uma nova encarnação do mal, um outro esgar do medo, mágicas renovadas de purificação e exclusão”¹¹. Os hospitais de dermatologia¹² tinham se espalhado por toda a Europa no período das pestes, mas agora essa estrutura passará a ser usada para a exclusão de outros grupos como “os pobres, vagabundos, presidiários e ‘cabeças alienadas’”¹³.

A hanseníase foi substituída, inicialmente, pelas doenças venéreas, mas não são elas que assegurariam, no Renascimento, o papel que cabia à hanseníase no interior da cultura medieval. Esse novo protagonismo passou a ser das pessoas com transtornos mentais. Elas passaram a ser internadas nos antigos hospitais de dermatologia, que haviam sido criadas no período das pestes. Houve verdadeira exclusão das pessoas com deficiência na sociedade europeia nesse período.

1.2 O ESTADO LIBERAL E A REVOLUÇÃO FRANCESA

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão francesa (26.08.1789) foi um marco para o surgimento do constitucionalismo moderno. A limitação do poder estatal e a consagração de direitos aos cidadãos foram marcos fundamentais da Revolução Francesa.

O tema central daquela revolução foi a liberdade, o que fortaleceu o Estado liberal. Exigia-se abstenção do Estado nas relações jurídicas entre as pessoas privadas. Consagrou-se o Estado mínimo, característico da chamada primeira dimensão dos direitos fundamentais.

Segundo Michel Foucault, “no decorrer do século XVIII, alguma coisa mudou na loucura”¹⁴, uma vez que ela estava emergindo novamente. O número de pessoas com transtornos mentais aumentou consideravelmente nesse período, o que levou a abertura de uma série de casas destinadas a receber essas pessoas. Só em Paris, por exemplo, foram abertas cerca de vinte casas particulares. Houve uma inovação em comparação ao século anterior, pois, se antes as pessoas com transtornos mentais ficavam segregadas nas grandes casas de internação, encontravam agora uma terra de asilo que seria só delas, em razão da grande quantidade de casas abertas

11. FOUCAULT, Michel, op. cit., p. 7.

12. No livro de Foucault é utilizada a palavra “leprosário”, mas, atualmente, o termo correto é hospital de dermatologia.

13. FOUCAULT, Michel, op. cit., p. 10.

14. FOUCAULT, Michel, op. cit., p. 417.

nesse período. Talvez isso possa explicar a multiplicação de pessoas com transtornos mentais na Europa.

O século XVIII é caracterizado pelo medo da “loucura”, impondo-se às pessoas com deficiência intelectual o seu isolamento social. Os novos hospitais que foram criados não tinham estrutura diferente daqueles que os tinham precedido no século anterior. Na realidade, as condições de internamento não mudaram; e embora fossem destinados especialmente às pessoas com deficiência intelectual, os novos hospitais não melhoraram em nada no tange ao tratamento médico.

No período da Revolução Francesa havia algumas pessoas com transtornos mentais. Em 1834 eram apenas dez mil, bem poucas em comparação aos dez milhões de indigentes, trezentos mil mendigos, mais ou menos cem mil vagabundos, cento e trinta mil menores abandonados etc.¹⁵. A maioria desses problemas sociais agudos permaneceu sem solução até as primeiras “leis sociais” da Terceira República. A primeira grande medida legislativa que prevê um direito à assistência e à atenção para uma categoria de indigentes ou de doentes é a lei sobre os alienados, de 30 de junho de 1838. Essa lei instaura “um dispositivo completo de ajuda com a invenção de um novo espaço, o asilo, a criação de um primeiro corpo de médicos-funcionários, a constituição de um ‘saber especial’, etc.”¹⁶.

1.3 O DECLÍNIO DO ESTADO LIBERAL

O período entre as duas guerras mundiais marcou o colapso dos valores e instituições liberais¹⁷. Entre os valores liberais havia a desconfiança da ditadura e de governos absolutos, além disso, havia o compromisso com governo constitucional e assembleias livremente eleitas para a garantia do domínio da lei e um conjunto de direitos garantidos que consistiam na liberdade individual.

Antes do início da Primeira Guerra Mundial (1914), esses valores liberais só haviam sido contestados pelas forças tradicionais da Igreja Católica Romana, que defendiam os seus dogmas enraizados há muitos séculos, e pelas forças da democracia, que era incipiente, mas perturbadora. No entanto, o mais perigoso de todos esses movimentos de massa foi o *trabalhista socialista*, que estava totalmente comprometido com valores “da

15. CASTEL, Robert. *A ordem psiquiátrica: a idade de ouro do alienismo*. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque. 2. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1978, p. 16.

16. CASTEL, Robert, op. cit., p. 16.

17. HOBBSAWM, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. Tradução de Marcos Santarrita. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 113-143.

razão, ciência, progresso, educação e liberdade individual quanto qualquer outro”¹⁸.

Nesse período iniciou-se a crise do liberalismo mundial, o que se acentuou quando Adolf Hitler se tornou chanceler da Alemanha em 1933. Havia no mundo inteiro poucos governos eleitos e constitucionais, sendo que aproximadamente um terço dos territórios eram colônias e, por definição, não eram liberais.

A ameaça às instituições liberais vinha apenas da direita política, já que o comunismo estava isolado e não se expandiu após a ascensão de Stalin. O comunismo tornou-se uma força apenas mantenedora do Estado, e não uma força subversiva, além disso, não se questionava seu compromisso com a democracia. Já a direita política ameaçava a ideologia da civilização liberal no tocante ao governo constitucional e representativo; tais movimentos foram denominados *totalitarismo* ou *fascismo*¹⁹.

Antes mesmo do início da Primeira Guerra Mundial já existiam movimentos extremistas da ultradireita, como nacionalistas e xenófobos, incentivadores dos ideais da guerra e da violência, intolerantes e praticantes de atos totalmente antiliberais, antidemocráticos, antiproletários, antissocialistas e defensores do sangue e dos valores antigos que a era moderna estava destruindo²⁰.

Após a Primeira Guerra Mundial, o colapso dos velhos regimes como as velhas classes dominantes e seu maquinário de poder, deu oportunidade ao fascismo de ascender ao poder na Europa, principalmente naqueles países em que o funcionamento dos antigos regimes estava em crise.

Assim, surgiram as condições ideais para a ascensão e triunfo da ultradireita com uma massa de pessoas desencantadas, desorientadas e descontentes²¹, principalmente a massa de desempregados e excluídos da sociedade. Havia também a ameaça de uma revolução social²² e o ressentimento nacionalista contra os tratados de paz pós-guerra (1918-1920). Nessas condições, os liberais italianos conferiram poder aos fascistas de Mussolini em 1920-1933, mas tudo conforme o velho regime liberal, ou seja, “*constitucionalmente*”²³. Giorgio Agambem explica que Hitler

18. Idem, p. 114.

19. HOBBSAWM, Eric, op. cit., p. 115-116.

20. Idem, p. 129.

21. ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 444.

22. RIBEIRO, Darcy. *Processo civilizatório*: estudos de antropologia da civilização: etapas da evolução sociocultural. São Paulo: Companhia das Letras: Publifolha, 2000, p. 144.

23. ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém*: um relato sobre a banalidade do mal. Tradução José

provavelmente não teria ascendido ao poder se a Alemanha não estivesse no estado de exceção há quase três anos, autorizado pelo art. 48 da Constituição de Weimar²⁴.

No entanto, o fascismo e o nazismo, uma vez no poder, recusavam-se a jogar segundo as regras do antigo regime liberal, passando a tomar a posse de todas as instituições e eliminando seus rivais²⁵. Isso ficou claro quando os nazistas ascenderam ao poder e passaram a ignorar a Constituição.

Houve um declínio do liberalismo entre as duas guerras mundiais tanto na Europa quanto na América Latina. O capitalismo e a democracia liberal só retornaram ao mundo fortalecidos após 1945, quando a burguesia passou a apelar para a força e a coerção, assim como faziam os fascistas²⁶.

A estabilidade dos regimes democráticos após a Segunda Guerra Mundial fundamentou-se nos milagres econômicos das décadas seguintes, o que também atingiu a nova República Federal da Alemanha, aumentando o padrão de vida da maioria dos cidadãos. Nessas condições favoráveis prevalecia o acordo e o consenso, com as negociações periódicas de salários e vantagens com os sindicatos. Dessa forma, os direitos sociais começaram a se consolidar após a Segunda Guerra Mundial.

1.4 O FORTALECIMENTO DAS CONSTITUIÇÕES

O que se viu na Segunda Guerra Mundial foi o genocídio de milhares de seres humanos. O regime nazista exterminou, nas câmaras de gás, todas as pessoas que, na sua visão, não mereciam viver, pois não agregavam nada à sociedade. Eram homossexuais, doentes e deficientes intelectuais. Eles queriam uma sociedade perfeita separando os “aptos” dos “inaptos”. Em uma sociedade com essa visão não havia lugar para as pessoas com deficiência, que foram exterminadas, como era o caso de pessoas com deficiência intelectual.

O término do conflito mundial em 1945 reacendeu a discussão sobre as soluções de preservação da dignidade humana, em especial por causa das atrocidades cometidas pelos nazistas contra o povo judeu, os opositores e os “inaptos”. Os Estados que saíram dos regimes totalitários passaram a proteger as declarações liberais nas suas Constituições de forma mais eficaz

Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 49-50.

24. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poletti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 28-29.

25. HOBSBAWM, Eric. Op. cit., p. 130.

26. HOBSBAWM, Eric, op. cit., p. 139.

e criaram mecanismos jurídicos de prevenção e repressão contra os atos que as desrespeitassem²⁷.

Além disso, houve o fortalecimento dos mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos, o Direito Internacional dos Direitos Humanos²⁸. Esse foi um fenômeno do pós-guerra em face das inúmeras violações aos direitos humanos perpetrados na era Hitler, o que ultimou a criação da Organização das Nações Unidas, em 1945. A partir de então, surgiram vários instrumentos internacionais de proteção da pessoa humana no âmbito do direito internacional com a finalidade de preservação da dignidade humana. Esses instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos forma incorporados por muitas Constituições mundo afora como proteção dos direitos fundamentais.

O fortalecimento das Constituições após o término da Segunda Guerra Mundial será determinante para o desenvolvimento do Estado social; este se aplicará nas chamadas Constituições analíticas, como a brasileira, e não nas sintéticas, como a dos Estados Unidos²⁹. O constitucionalismo contemporâneo passou a se preocupar com vários aspectos, tais como a valorização da democracia enquanto origem do Poder, a prevalência da dignidade humana, a valorização do controle de constitucionalidade com a difusão das Cortes Constitucionais e do processo constitucional, a consagração de princípios constitucional e dos novos processos de interpretação constitucional etc.³⁰. Essa expansão dos Estados sociais será determinante com a questão da inclusão dos grupos vulneráveis, entre os quais as pessoas com deficiência.

2 O ESTADO BRASILEIRO E A INCLUSÃO SOCIAL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

As Constituições brasileiras anteriores não fizeram menção expressa à proteção das pessoas com deficiência. Havia, sim, referências vagas como invalidez, desvalidos, sanidade física etc., mas não no sentido de proteção ou inclusão das pessoas com deficiência. A Emenda Constitucional n° 12 à Constituição de 1967, promulgada em 17 de outubro de 1978, observou algum avanço nesta questão ao prescrever:

27. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 180.

28. GUERRA, Sidney. *Direitos humanos: curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 96.

29. DANTAS, Ivo. *Teoria do Estado contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 244.

30. Idem.

Artigo único. É assegurado aos deficientes a melhoria de sua condição social e econômica especialmente mediante: I - educação especial e gratuita; II - assistência, reabilitação e reinserção na vida econômica e social do País; III - proibição de discriminação, inclusive quanto à admissão ao trabalho ou ao serviço público e a salários; IV - possibilidade de acesso a edifícios e logradouros públicos.³¹

Essa emenda observou a tendência mundial de inserção da proteção das pessoas com deficiência em textos constitucionais. Por exemplo, dois anos antes, a Constituição Portuguesa de 1976 passou a prever essa proteção em seu artigo 71º (Cidadãos portadores de deficiência). A doutrina aponta, porém, que a proteção específica das pessoas com deficiência “só surgiu após a efetivação dos direitos sociais nos diplomas constitucionais modernos”³². Os direitos sociais foram previstos pela primeira vez na Constituição Mexicana de 1917 e, posteriormente, na Constituição de Weimar de 1919. A inclusão das pessoas com deficiência no Estado brasileiro observou uma longa jornada, que passou pela Segunda Guerra Mundial e pela especificação dos tratados internacionais sobre direitos humanos, principalmente após a década de 1950, até chegar no país em 1978. A EC nº 12/1978 foi o primeiro texto expresso que se referiu às pessoas com deficiência.

Destaca-se no texto a preocupação com a melhoria da condição social e econômica das pessoas com deficiência, em especial a proibição da discriminação. O legislador começou a se preocupar com a discriminação sofrida pelas pessoas com deficiência, principalmente nas relações trabalhistas. Apesar desta previsão constitucional, a vida das pessoas com deficiência não observou uma melhoria. O direito do acesso aos edifícios e logradouros públicos foi outro avanço destacado na norma, o que será reforçado com a Constituição Federal de 1988. Aliás, a atual Constituição brasileira foi mais progressista em relação à inclusão das pessoas com deficiência. No entanto, não há um capítulo específico sobre o assunto, mas essa proteção está de forma dispersa, por meio de vários dispositivos, a saber: art. 7º, XXXI; art. 23, II; art. 24, XIV; art. 37, VIII; art. 203, IV e V; art. 208, III; art. 227, §1º, II e §2º; e art. 244. Acrescente-se que o art. 40, §1º, I, da Constituição prevê que os servidores públicos serão aposentados por *invalidez* permanente, e o art. 201, I, prescreve também a cobertura dos planos de previdência social, mediante contribuição, a cobertura, entre outros, dos eventos de *invalidez*. A partir do advento da Constituição de 1988 houve uma proliferação da legislação ordinária específica às pessoas com

31. ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas com deficiência*. 4. ed. Brasília: CORDE, 2011, p. 69.

32. ARAUJO, Luiz Alberto David, op. cit., p. 69.

deficiência³³. Portanto, o Estado brasileiro avançou bastante em relação à proteção das pessoas com deficiência e sua inclusão social, seja no âmbito constitucional, seja na legislação *infraconstitucional*.

2.1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A INCLUSÃO SOCIAL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

A Constituição atual prevê “a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária” (art. 203, IV). Duas observações devem ser feitas. Houve avanço na interpretação de alguns conceitos ligados à pessoa com deficiência. Uma delas refere-se à “pessoa *portadora* de deficiência”. Hoje, não se fala mais em “portadora” de deficiência. O correto é pessoa com deficiência. *Portar* dá a entender que alguém pode levar consigo ou não, como, por exemplo, um documento. Ela pode portar ou não o documento. Isso não acontece com a deficiência. Atualmente, a ênfase que é dada é para a pessoa e não à deficiência. A partir da década de 1990, a expressão pessoas com deficiência passou a ser utilizada pela doutrina.

A segunda observação está relacionada com a palavra “integração” das pessoas com deficiência. O texto constitucional prevê sobre a “integração” daquelas pessoas. Os significados de integração e inclusão são diferentes, apesar de estarem interligados “à ideia de inserção daquele que está incluído”³⁴. A diferença entre ambas é destacada pela doutrina:

Na integração, a sociedade permite a incorporação de pessoas que consigam adaptar-se por meios próprios, as quais fazem parte de grupos distintos entrelaçados ou não, enquanto na inclusão todos fazem parte de uma mesma comunidade, sem divisões em grupos. Isso exige da esfera pública e da sociedade condições necessárias para “todos” e não só para aqueles que conseguem adaptar-se³⁵.

Portanto, na integração as pessoas com deficiência são incorporadas na sociedade desde que elas consigam se adaptar por meios próprios e na inclusão elas fazem parte da sociedade, sem que haja divisão em grupos. Na inclusão, as barreiras atitudinais são suplantadas, pois há uma conscientização de que todos fazem parte de um grupo único, pessoas com deficiência ou não, e com igualdade nos direitos e responsabilidades. Já na

33. NISHIYAMA, Adolfo Mamoru, op. cit., p. 62-63.

34. MADRUGA, Sidney. *Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 104.

35. Idem.

integração, a sociedade acolhe as pessoas com deficiência sem que haja uma mudança para recebê-las.

Um dos instrumentos para que haja a inclusão social das pessoas com deficiência é o *direito do acesso* previsto na Constituição Federal em seus artigos 227, §2º, e 244. O primeiro dispositivo preleciona que a lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas com deficiência. O segundo determina que a lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes para garantir acesso adequado às pessoas com deficiência, conforme prevê o art. 227, §2º. A inclusão social inicia-se com o direito do acesso, superando as barreiras físicas (barreiras urbanísticas, arquitetônicas e nos transportes)³⁶. Note-se que o constituinte originário destacou a necessidade de adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo *atualmente* existentes para que não se invoque direito adquirido, ou seja, essa adaptação é obrigatória tanto para os novos, quanto para os antigos logradouros, edifícios e veículos de transporte coletivo.

A inclusão social das pessoas com deficiência também tem o seu fundamento no art. 1º, III, da Constituição Federal, consubstanciada no princípio da dignidade da pessoa humana, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. As pessoas com deficiência fazem parte da mesma sociedade. Em pleno século XXI não há mais espaço para discriminações e exclusão social. Por outro lado, outro princípio constitucional lastreia a inclusão social, que é o da isonomia (art. 5º, *caput*). Essa isonomia não é a meramente formal, mas sim a material. Significa dizer que as pessoas com deficiência têm o direito à inclusão em igualdade de condições com as pessoas sem deficiência, seja no trabalho, na escola, no lazer etc. É isso que determina o comando constitucional.

2.2 A CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

O Estado brasileiro avançou ainda mais em relação à legislação protetiva ao promulgar, por meio do Decreto nº 6.949, de 25-08-2009, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência

36. Barreiras urbanísticas são as existentes nas vias e nos espaços públicos e privados aberto ao público ou de uso coletivo; barreiras arquitetônicas são as existentes nos edifícios públicos e privados; barreiras nos transportes são as existentes nos sistemas e meios de transportes (Art. 2º, II, a a c, da Lei nº 10.098, de 19-12-2000, com nova redação dada pela Lei nº 13.146/2015).

e seu Protocolo Facultativo, assinado em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. O Congresso Nacional aprovou, por intermédio do Decreto Legislativo nº 186, de 09-07-2008, a referida Convenção utilizando-se do procedimento do §3º do art. 5º da Constituição Federal, ou seja, passou a equivaler a uma emenda constitucional. O Governo brasileiro depositou o instrumento de ratificação dos referidos atos junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas em 1º de agosto de 2008.

O propósito da Convenção da ONU é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente (art. 1º). Pode-se notar que o objetivo da Convenção é assegurar a dignidade humana indistintamente para todas as pessoas com deficiência, o que se coaduna com a Constituição brasileira.

O art. 1º da Convenção define pessoas com deficiência como sendo *“aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”*. Essa definição também se harmoniza com a Constituição brasileira, pois reforça a ideia de isonomia material entre as pessoas com deficiência e as pessoas sem deficiência.

O art. 3º destaca os princípios gerais que norteiam a Convenção, a saber: (a) o respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas; (b) a não-discriminação; (c) a plena e efetiva participação e inclusão na sociedade; (d) o respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade; (e) a igualdade de oportunidade; (f) a acessibilidade; (g) a igualdade entre o homem e a mulher; (h) o respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade.

Essa Convenção da ONU procurou conferir ampla proteção às pessoas com deficiência sobre igualdade e não-discriminação (art. 5º); mulheres com deficiência (art. 6º); crianças com deficiência (art. 7º); conscientização (art. 8º); acessibilidade (art. 9º); direito à vida (art. 10); reconhecimento igual perante a lei (art. 12); educação (art. 24); saúde (art. 25); trabalho e emprego (art. 27) etc.

2.3 A LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Com a finalidade de regulamentar a Convenção da ONU, foi editada a Lei nº 13.146, de 06-07-2015, que instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, também conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência. Essa lei é destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania.

Percebe-se que a legislação para a inclusão social das pessoas com deficiência avançou bastante nos últimos anos. No entanto, é preciso ainda vencer as barreiras atitudinais, assim consideradas as atitudes ou comportamentos que impedem ou prejudicam a participação social da pessoa com deficiência em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas (art. 3º, IV, *e*, do Estatuto). Essas barreiras podem ser causadas tanto pelo Estado, quanto pelo particular. A Convenção da ONU e o Estatuto da Pessoa com Deficiência tornaram-se importantes instrumentos normativos para que efetivamente haja inclusão social.

As pessoas com deficiência desejam ter autonomia no seu dia a dia para se tornarem cidadãos, como qualquer outra pessoa. Para tanto, é importante a acessibilidade, ou seja, a possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, bem como de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo, seja na zona urbana seja na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida (art. 3º, I, do Estatuto). Nota-se que o legislador procurou proteger as *pessoas com deficiência por equiparação*, assim consideradas as pessoas com mobilidade reduzida que são aquelas que tenham, por qualquer motivo, dificuldade de movimentação, permanente ou temporária, redução efetiva da mobilidade, da flexibilidade, da coordenação motora ou da percepção, incluindo idosos, gestantes, lactantes, pessoa com criança de colo e obeso (art. 3º, IX, do Estatuto).

A lei prevê também que haja adaptações razoáveis que são aquelas adaptações, modificações e ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional e indevido, quando requeridos em cada caso, para assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos e liberdades fundamentais (art. 3º, VI, do Estatuto).

É importante destacar que o Estatuto prevê um título específico para a acessibilidade (Título III), dividido em quatro capítulos: Capítulo I - Disposições gerais; Capítulo II - Do acesso à informação e à comunicação; Capítulo III - Da tecnologia assistiva; Capítulo IV - Do direito à participação na vida pública e política. O direito do acesso é um dos importantes instrumentos para a inclusão social. É um direito que garante à pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida possa viver de forma independente e exercer seus direitos de cidadania e de participação social (art. 53 do Estatuto).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado brasileiro avançou em relação à legislação protetiva dos direitos das pessoas com deficiência. O comando constitucional estabelece uma série de normas protetivas àquelas pessoas. Posteriormente à Constituição de 1988, o legislador ordinário editou uma série de normas com a finalidade de regulamentar o texto constitucional e permitir a inclusão social.

Entretanto, a incorporação da Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência no direito brasileiro, equivalente à emenda constitucional, sedimentou a proteção desse grupo vulnerável. Em adição, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência) veio a regulamentar os diversos pontos da Convenção da ONU.

É certo, porém, que ainda há várias barreiras a serem suplantadas para que efetivamente ocorra a inclusão social das pessoas com deficiência. Há barreiras urbanísticas, arquitetônicas, nos transportes, nas comunicações, atitudinais e tecnológicas a serem derrubadas pelo meio do caminho, mas a sociedade brasileira, aos poucos, está se conscientizando da necessidade de inclusão social das pessoas com deficiência.

Essa inclusão decorre dos princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia. Há a necessidade de que as pessoas com deficiência possam viver com autonomia. Para tanto, o instrumento necessário é o direito do acesso, pois só há deficiência se a sociedade for deficiente. É a sociedade que deve se adaptar às pessoas com deficiência e não o contrário. Só assim haverá inclusão social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção. Tradução de Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

ARAUJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional das pessoas com deficiência. 4. ed. Brasília: CORDE, 2011.

ARENDT, Hannah. Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal. Tradução José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

_____. Origens do totalitarismo: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

CASTEL, Robert. A ordem psiquiátrica: a idade de ouro do alienismo. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque. 2. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1978.

COULANGES, Fustel de. A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma. Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Hemus, 1975.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DANTAS, Ivo. Teoria do Estado contemporâneo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FOUCAULT, Michel. História da loucura na Idade Clássica. Tradução de José Teixeira Coelho Netto. São Paulo: Perspectiva, 1978.

GALBRAITH, John Kenneth. Anatomia do poder. Tradução de Hilário Torloni. 4. ed. São Paulo: Pioneira, 1999.

GUERRA, Sidney. Direitos humanos: curso elementar. São Paulo: Saraiva, 2013.

HOBSBAWM, Eric. Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991. Tradução de Marcos Santarrita. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

LAZARI, Rafael de. Direito constitucional. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

MACIEL, Silvana Carneiro. Exclusão/inclusão social do doente mental/louco: representações e práticas no contexto da reforma psiquiátrica. Tese (Doutorado em Psicologia Social) - Universidade Federal de Paraíba. João Pessoa, 2007, p. 22-23. Disponível em: <<http://bdt.d.biblioteca.ufpb.br>>. Acesso em: 18 dez. 2018.

MADRUGA, Sidney. Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. Proteção jurídica das pessoas com deficiência nas relações de consumo. Curitiba: Juruá, 2016.

RIBEIRO, Darcy. Processo civilizatório: estudos de antropologia da civilização: etapas da evolução sociocultural. São Paulo: Companhia das Letras: Publifolha, 2000.

CAPÍTULO 2

A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DE FOMENTO NO DOMÍNIO SOCIAL E AS POLÍTICAS PÚBLICAS

ALBERTO SHINJI HIGA

Mestre em Direito do Estado e Especialista em Direito Tributário pela PUC/SP. Especialista em Direito Empresarial e Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Procurador do Município de Jundiaí. Ex-Assessor de Subprocuradora-Geral da República (PGR-MPF). Professor de Direito Administrativo da Universidade Nove de Julho. Professor Conteudista na Pós-Graduação em Direito Administrativo da rede de ensino Kroton.

HELOISE MENEGHEL

Procuradora do Município de Jundiaí/SP. Pós-graduada em Direito Público e Direito Tributário.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo render justa homenagem ao estimado Professor e eminente Jurista Toshio Mukai, autor de inúmeras obras e artigos científicos que tanto contribuíram para a construção do Direito Público brasileiro, e, cujas lições até hoje são repetidas não apenas em aulas do Curso de Direito e em trabalhos acadêmicos, mas também no exercício das funções estatais, sobretudo, no âmbito da Administração Pública e do Poder Judiciário.

Destarte, embora a tarefa se mostre extremamente árdua em face do brilhantismo do Professor Toshio Mukai, não pouparemos esforços para

alcançar tal pretensão. Para tanto, este artigo pretende examinar a vinculação entre direitos sociais, atividade administrativa de fomento e políticas públicas, essencial para que se possa não apenas construir uma legislação adequada à consecução desses direitos garantidos pela Lei Maior, mas também para que se possa conferir à Administração Pública o instrumento necessário à execução eficiente e efetiva da ação administrativa fomentadora, com vistas à obtenção de maior adesão pelos administrados.

Sob tal perspectiva, o presente trabalho percorrerá o seguinte itinerário: (i) breve exame acerca da evolução histórica dos direitos sociais nas Constituições do Brasil e sua configuração no atual Texto Constitucional, dando-se ênfase, neste passo, ao significado de mínimo existencial à luz dos direitos de segunda dimensão; (ii) o papel do Direito na articulação governamental necessária às políticas públicas; e o (iii) exame da Lei nº 13.019/2014, considerado o Marco Regulatório das relações entre Estado e Organizações da Sociedade Civil para o fomento de atividades de interesse público, enquanto instrumento de política pública de fomento.

1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS SOCIAIS: DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGUNDA DIMENSÃO E O MÍNIMO EXISTENCIAL

Os direitos fundamentais não surgiram simultaneamente, mas em períodos distintos conforme a demanda de cada época, tendo esta consagração progressiva e sequencial nos textos constitucionais dado origem à classificação em gerações. Como o surgimento de novas gerações não ocasionou a extinção das anteriores, há quem prefira o termo dimensão por não ter ocorrido uma sucessão desses direitos: atualmente todos eles coexistem.

Consoante anteriormente assinalado, surgem no contexto do Estado de Direito Social, tendo como paradigmas a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919, como direitos de segunda dimensão: direitos sociais, econômicos e culturais. São direitos que exigem, via de regra, prestações positivas por parte do Estado, a fim de assegurar uma igualdade material. Nas sempre precisas lições do Professor Paulo Bonavides, o Brasil, como Estado social objetiva produzir:

(...) as condições e os pressupostos reais e fáticos indispensáveis ao exercício dos direitos fundamentais. Não há para tanto outro caminho senão reconhecer o estado atual de dependência do indivíduo em relação às prestações do Estado e fazer com que este último cumpra a tarefa

igualitária e distributiva, sem a qual não haverá democracia nem liberdade. A importância funcional dos direitos sociais básicos, assinalada já por inumeráveis juristas do Estado social, consiste, pois, em realizar a igualdade na Sociedade.¹

Nesse sentido, curioso notar que a Constituição do Império, embora notadamente de cunho liberal, alinhada ao pensamento jurídico-constitucional da época, no extenso rol dos direitos civis e políticos previsto no artigo 179, continha ao menos dois dispositivos que se vinculavam à ideia dos direitos sociais: a garantia dos socorros públicos (XXXI) e a instrução primária gratuita a todos os cidadãos (XXXII).

Com o advento da Constituição da República de 1891, sob a perspectiva dos direitos sociais, no entanto, pode-se afirmar que houve um retrocesso, uma vez que foram suprimidos os direitos de cunho social indicados no parágrafo anterior, ratificando a concepção de um Estado Liberal.

Assim, o modelo de Estado Social apenas foi efetivamente acolhido a partir da Constituição de 1934, influenciada pelas Constituições do México, de 1917, e da Alemanha, de 1919, a qual passou a incorporar ao Texto Constitucional a proteção dos direitos sociais no Título IV – Da Ordem Econômica e Social.

O artigo 115 estabelecia que a ordem econômica deveria ser organizada conforme os princípios da Justiça Social e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilitasse a todos existência digna.

Este modelo de Estado Social permaneceu nas Constituições de 1937, 1946 e 1967, embora tenha sofrido sensível mitigação nos períodos da primeira e terceira Constituições. Conforme bem observa Alessandra Gotti:

Seguindo na história constitucional brasileira, a Constituição de 1937, além de representar um retrocesso no campo dos direitos e garantias individuais, suprimindo direitos civis e políticos, concebeu uma ordem econômica liberal, desvinculada do princípio da justiça e das necessidades da vida nacional, de modo a possibilitar a todos existência digna.

A Constituição de 1946, por sua vez, restabeleceu a disciplina dos direitos sociais, seguindo e incorporando a tradição de Weimar em dar proeminência ao aspecto social. Conjugou, na ordem econômica e social, a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano. Assegurou a todos o trabalho que possibilitasse existência digna; direitos do trabalho e da previdência social que visassem à melhoria da

1. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. Ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 343.

condição dos trabalhadores; direito à educação e à cultura.

A Constituição de 1967, finalmente, que inaugurou um longo período de ditadura militar, repleto de concentração e abuso de poder, conquanto tenha representado um imenso retrocesso no campo dos direitos civis e políticos, que foram profundamente amesquinados, na seara dos direitos sociais não trouxe mudanças significativas, apesar de reduzir as hipóteses de intervenção do Estado no domínio econômico.²

Com o advento da Constituição da República de 1988, que alberga o modelo de Estado Democrático e Social de Direito, os direitos sociais encontram-se previstos no Título II – Dos direitos e garantias fundamentais, no Capítulo II – Dos direitos sociais.

O art. 6º do Texto Constitucional estabelece que são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.

Por seu turno, esses direitos sociais encontram-se disciplinados de forma mais detida no Título VIII – Da Ordem Social, e a sua implementação pelo Poder Público, consoante já examinado, se dá por meio da intervenção estatal no domínio social: mediante a prestação de serviços públicos ou mediante o exercício da atividade administrativa de fomento, vale dizer, da ação promocional ou de incentivo voltada às atividades dos particulares desenvolvidas no âmbito social, e, que de modo indireto, realizem o interesse público.

Em breve resumo, podemos definir que os direitos fundamentais de primeira dimensão são os ligados ao valor liberdade, são os direitos civis e políticos. São direitos individuais com caráter negativo por exigirem diretamente uma abstenção do Estado, seu principal destinatário.

Ligados ao valor igualdade, os direitos fundamentais de segunda dimensão são os direitos sociais, econômicos e culturais. São direitos de titularidade coletiva e com caráter positivo, pois exigem atuações do Estado.

Os direitos fundamentais de terceira geração, ligados ao valor fraternidade ou solidariedade, são os relacionados ao desenvolvimento ou progresso, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, bem como ao direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e ao direito de comunicação. São direitos transindividuais, em rol exemplificativo, destinados à proteção do gênero humano.

2. BONTEMPO, Alessandra Gotti. *Direitos Sociais*. Curitiba: Juruá Editora. 2008, p. 58

Por fim, introduzidos no âmbito jurídico pela globalização política, os direitos de quarta geração compreendem os direitos à democracia, informação e pluralismo.

Nota-se que os direitos de segunda dimensão são os direitos sociais, que visam a oferecer os meios materiais imprescindíveis à efetivação dos direitos individuais.

Enquanto no individualismo, que se fortaleceu como superação a monarquia absolutista, o Estado era considerado inimigo, donde os cidadãos deveriam contra ele lutar para que não houvessem interferências absurdas em sua esfera de individualidade de bens e valores, com o passar dos anos, a filosofia social trouxe à baila a figura do Estado amigo, que passou a ser compelido a satisfazer as necessidades coletivas.

Por exemplo, como direitos de segunda dimensão, encontramos o direito ao trabalho, à proteção em caso de desemprego, ao salário mínimo (e as necessidades que pretende atender, conforme o art. 6º, inc. IV da CF/88), direito a um número máximo de horas de trabalho, de acesso a todos os níveis de educação, proteção em caso de enfermidades e situações de risco social, etc.

Ainda sobre o tema, a expressão “liberdades públicas”, para os autores que a utilizam, pode ser vista sob o aspecto amplo e restrito. Liberdades públicas sob seu aspecto amplo seriam as que conferem direitos a prestações positivas pelo Estado, algo que vai até um pouco além da terminologia adotada para suportar o significado.

Esta é, inclusive, a posição do Ministro José Celso de Mello Filho, assim se pronunciando: “As liberdades públicas constituem limitações jurídicas ao poder da comunidade estatal. Pertinam ao homem: a) enquanto pessoa humana (liberdades clássicas ou negativas); b) enquanto pessoa política (é a liberdade-participação, fundamento da ordem democrática) e; c) enquanto pessoa social (são as liberdades positivas, também denominadas liberdades reais ou concretas. São 3 (três), portanto, as dimensões em que projetam as liberdades públicas: 1) dimensão civil; 2) dimensão política e 3) liberdade social (liberdades concretas: direitos econômicos e sociais)”.

O mínimo existencial, portanto, abrange o conjunto de prestações materiais necessárias e absolutamente essenciais para todo ser humano ter uma vida digna. Ele é tão importante que é consagrado pela doutrina como sendo o núcleo do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, previsto no artigo 1º, inciso III da CF.

A conclusão é de que os direitos sociais previstos no artigo 6º da CF não contam com nenhum condicionamento quanto aos seus beneficiários.

Salvo a titularidade que decorre da própria natureza do direito indicado, como no caso do direito à infância, proteção à maternidade e assistência aos desamparados, os demais direitos, como a saúde, a educação e o lazer, não restringem as pessoas que seriam titulares.

Destacam-se ainda: amplo rol de direitos trabalhistas (art. 121); atribuição aos entes políticos, dentre outros, de amparo aos desvalidos, criando serviços especializados e animando os serviços sociais; de amparo à maternidade e à infância; de socorro às famílias de prole numerosa; de proteção à juventude contra toda a exploração (art. 140). Previu ainda a educação como direito de todos (art. 149) e a vinculação de parcela dos impostos para a manutenção dos sistemas educativos (art. 156).

O mínimo se refere aos direitos relacionados às necessidades sem as quais não é possível “viver como gente”. É um direito que visa garantir condições mínimas de existência humana digna, e se refere aos direitos positivos, pois exige que o Estado ofereça condições para que haja eficácia plena na aplicabilidade destes direitos, por isso tratá-lo, neste estudo, como sinônimo aos direitos de segunda geração.

A questão que se coloca, neste passo, é a de que houve um crescimento muito elevado dos direitos fundamentais, e, com isso, a falta de recursos do Estado para supri-los em face sua obrigação de fazer, de satisfazer. É nesse contexto que nasce a reserva do possível, como fenômeno que impõe limites para a efetivação dos direitos fundamentais prestacionais.

Desse modo, cumpre repisar a estreita vinculação entre direitos sociais e atividade administrativa de fomento³, na medida em que esta é instrumento de consecução daqueles.

Por outro lado, para que haja efetividade no exercício da função promocional, e, por conseguinte, a plena realização dos direitos sociais, necessário se faz ainda uma política pública que contemple elementos essenciais para se estruturar a ação administrativa. Sob tal ótica, passe-se, então, a examinar o papel do Direito na articulação governamental

3. A concepção da função administrativa fomentadora, ao lado das clássicas funções administrativas de “poder de polícia” e de “prestador de serviços públicos”, somente passou a ganhar força na metade do século XX, consoante a sistematização do instituto, em 1949, pelo professor espanhol Luis Jordana de Pozas, em seu estudo denominado “Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo. A atividade de fomento se diferencia da atividade de poder de polícia, pois, a primeira “protege e promove”, sem o uso da coação, ao passo que a segunda “previne e reprime”, inclusive mediante o recurso da coação. Por outro lado, a distinção entre serviço público e fomento reside no fato de que naquele a Administração realiza diretamente e com os seus próprios meios o fim perseguido, ao passo que neste se limita a estimular os particulares para que estes, por sua vontade própria, desenvolvam determinadas atividades, as quais cumpram indiretamente o fim perseguido pela Administração.

necessária às políticas públicas; e, na sequência, o papel da Legislação enquanto instrumento de políticas públicas.

2 O PAPEL DO DIREITO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS

A temática da política pública, de natureza interdisciplinar, provoca preocupações não apenas no âmbito do Direito, mas também da Ciência Política, da Ciência da Administração, da Economia, dentre outros ramos do conhecimento.

Nesse contexto, é natural a dificuldade em se estabelecer elementos comuns capazes de possibilitar uma interação e um diálogo interdisciplinar mais afinados, a fim de melhor compreender a realidade que cerca o processo de decisões governamentais, e, a partir deste ponto, conjugar esforços para a elaboração de um método próprio de análise e aprimoramento deste complexo fenômeno.

Partindo dessa premissa, qual seja, a de que o fenômeno das políticas públicas é multifacetado e transdisciplinar, é de se registrar algumas notas sobre o papel do direito na articulação governamental necessárias às políticas públicas, tomando como base a experiência da política pública educacional denominada, inicialmente, como FUNDEF e, posteriormente, FUNDEB.

A tarefa se mostra particularmente complexa, considerando que é relativamente recente a atenção dada pelos cientistas do Direito às políticas públicas, e, são escassos os estudos sob tal perspectiva. Com efeito, curioso notar que embora o aparelho estatal seja constituído de instituições jurídicas, criadas e conformadas pelo Direito, vale dizer, a “ossatura” e a “musculatura” da ação do Poder Público⁴, e o fato de que diariamente os juristas brasileiros são chamados a opinar e decidir sobre os mais diversos problemas surgidos na elaboração e implementação de políticas públicas, como cientistas sociais, têm mantido uma reveladora distância.⁵

Deveras, nas discussões e reflexões acerca da relação entre o direito e o campo das políticas públicas tem predominado a preocupação de natureza formal ou estrutural, notadamente, os limites do controle jurisdicional das políticas públicas, ofuscando, assim, a importante tarefa do jurista de colaborar, sob o aspecto substantivo, na elaboração, implementação, avaliação ou aprimoramento das políticas públicas, por meio da construção

4. BUCCI, Maria Paula Dallari. *Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas*. In Políticas Públicas – Possibilidades e Limites. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 228.

5. COUTINHO, Diogo R. *O Direito nas Políticas Públicas*. In Política Pública como Campo Disciplinar. MARQUES, Eduardo e PIMENTA, Carlos Aurélio (Editores). São Paulo: Editora UNESP, 2013 p. 3

de uma metodologia jurídica própria. Sob tal perspectiva, as luzes recaem não apenas no papel do direito, mas também no papel dos juristas na articulação governamental necessária à política pública, sob um viés nitidamente funcional.

2.1 DA POLÍTICA PÚBLICA FUNDEB À POLÍTICA PÚBLICA FUNDEF

A escolha de uma política pública implementada pelo Estado brasileiro deve-se ao fato de que a análise do papel do direito na articulação necessária à política pública se mostra mais rica, considerando, como visto, a natureza interdisciplinar desta temática. Ademais, permite trazer para a análise sob o viés jurídico, a experiência metodológica já consagrada em outros ramos do conhecimento, a exemplo das pesquisas de natureza empírica e quantitativa, e ainda timidamente adotada na ciência jurídica.

Por sua vez, optou-se pelo FUNDEF/FUNDEB uma vez que se trata de política pública cujo objeto – educação nacional – permite explicitar o caráter transversal que envolve um programa de ação governamental, mas também porque já há dados suficientemente colhidos para fins de avaliação dessa política pública e, por conseguinte, para vislumbrar algumas notas sobre o papel do direito neste processo.

A educação passou a ser reconhecida como questão nacional a ser tratada como política pública nacional a partir das décadas iniciais do Século XX, com destaque à criação da Associação Brasileira de Educação (ABE), em 1924, e a reivindicação de uma política nacional de educação, regulada a partir do poder central. A vinculação de recursos destinados ao sistema educacional fora positivado na Constituição de 1934, influenciada pela Constituição de Weimar.

Em 1937, o Estado Novo derrubou a vinculação, a qual foi resgatada com a Constituição de 1946. Em 1969 a vinculação foi restrita aos municípios e, com o advento da Constituição de 1988 fora retomada em relação a todos os entes políticos em seu art. 212.⁶

Especificamente no que diz respeito aos fundos de financiamento da educação, o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério - FUNDEF foi instituído no art. 60 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição Federal,

6. MARTINS, Paulo de Sena. *O financiamento da educação básica como política pública*. In Revista Brasileira de Política e Administração da Educação, vol. 26, n. 3, setembro/dezembro 2010, p. 497-514.

modificado pela Emenda Constitucional n. 14, de 12 de setembro de 1996, com prazo de vigor de um período de dez anos, sendo regulamentado pela Lei n. 9.424 de 24 de dezembro de 1996, e pelo Decreto n. 2.264, de junho de 1997, vigorando a partir de 1º de janeiro de 1998 nos diversos estados brasileiros – com exceção do estado do Pará que o instituiu já em julho de 1997.

Embora a sua criação não tenha significado aporte de novos recursos para a manutenção e o desenvolvimento do ensino, com relação àqueles já estabelecidos pela Carta Política de 1988, a definição de novos mecanismos de distribuição dos recursos já existentes vai instituir um novo padrão de gestão da educação básica, juridicamente e de fato, centrados na valorização dos docentes deste nível de ensino e na elevação do padrão de atendimento do ensino fundamental.⁷

De acordo com a citada Emenda Constitucional nº 14/96 o Fundo é constituído por 15% das receitas destinadas aos estados e municípios (v.g., ICMS, IPI-EXP), na forma definida no art. 60, § 2º do ADCT. Seus recursos são aplicados na manutenção e no desenvolvimento do ensino fundamental público e distribuídos, no âmbito de cada Unidade da Federação, entre os governos estaduais e municipais na proporção do número de alunos efetivamente matriculados nas escolas das suas respectivas redes do ensino.

Nos termos do § 3º do art. 60 do ADCT, compete à União complementar os recursos do Fundo, no âmbito de cada unidade federativa, sempre que seu valor por aluno/ano não alcançar o investimento mínimo definido nacionalmente pelo governo federal. Obriga ainda a aplicação de 60% dos recursos do Fundo na remuneração dos professores do ensino fundamental público, em efetivo exercício do magistério. Além disso, remete à lei a disciplina quanto à organização dos Fundos, à distribuição proporcional de seus recursos, sua fiscalização e controle, bem como sobre a forma de cálculo do valor mínimo nacional por aluno.

Oliveira e Teixeira⁸ ressaltam que a proposição do FUNDEF pelo governo Fernando Henrique Cardoso decorreu do entendimento de que a ideia da universalização do ensino fundamental nos termos previstos na Constituição de 1988 havia sido obstaculizada pela ineficiência na gestão dos recursos constitucionalmente previstos para a manutenção e o desenvolvimento do ensino.

7. OLIVEIRA, Rosimar de Fátima e TEIXEIRA, Beatriz de Basto. *As políticas de financiamento da educação básica na última década*. Disponível em: <http://www.simpósioestadopolíticas.ufu.br/imagens/anais/pdf/DC10.pdf>. Acesso em 14/06/2014.

8. *Ibidem*.

Asseveram os autores que, já na vigência do Governo Luís Inácio Lula da Silva, o relatório que avaliou o FUNDEF no período compreendido entre 1997 e 2002 corroborou tal entendimento explicitando os seguintes pontos: (a) as regras de financiamento definidas na CF/88 eram limitadas para produzir mudanças estruturais e qualitativas necessárias ao ensino fundamental, pois a legislação não contemplava mecanismos reguladores que fossem capazes de assegurar a efetiva aplicação dos recursos na educação; (b) ausência de definição clara das responsabilidades a serem assumidas pelos estados e municípios no tocante à demanda por diferentes níveis de educação; c) as regras vigentes antes do FUNDEF não garantiam equidade na alocação das despesas públicas em educação, uma vez que as diferenças regionais geravam disparidades na arrecadação que provocavam profundas desigualdades nos padrões de funcionamento e atendimento das redes estaduais e municipais de ensino.

A Associação Nacional de Política e Administração da Educação – ANPAE instituiu no ano de 2001, uma pesquisa em rede nacional intitulada “Processo de Implantação e Impacto do Fundef em Estados e Município: casos e comparações com vistas a uma comparação”, financiada pela Fundação Ford.

No Estado da Bahia, a pesquisa coordenada pelo Prof. Dr. Robert Verhine, adotando técnicas investigatórias quantitativas e qualitativas, apontou os impactos positivos e negativos do programa FUNDEF sobre a cobertura do nível de ensino fundamental e dos outros níveis da educação básica, os indicadores de qualidade do serviço oferecido e a remuneração dos docentes.⁹

Relativamente à cobertura, constatou-se um crescimento da matrícula do ensino fundamental no período de 1997-2000, aumentado em 28,6% no Estado da Bahia como um todo e 71,4% nas redes municipais. Como resultado, a taxa de escolarização líquida do ensino fundamental passou de 89,2% em 1996 para 96,2% em 2000. Se por um lado houve o aumento da matrícula no ensino fundamental, tendo como elemento motivador a relação matrícula x recursos, a pesquisa sugere a possibilidade de ter havido inibição do crescimento da educação infantil. Conclui que a análise dos dados de matrícula dos três níveis da educação básica mostra claramente que a política de financiamento do FUNDEF motivou as gestões municipais para a busca da melhoria quantitativa, tendo consequências negativas para a educação infantil e o ensino médio, sugerindo, pois, a ampliação da

9. ROSA, D. L., VERHINE, R., MAGALHÃES, A.L., SILVA, C.D., ARAGÃO, J.W., SILVA, L.F., LEITE, M.I.P.A. Processo de Implantação de Impacto do Fundef no Estado da Bahia, 2002. Disponível em: <http://www.isp.ufba.br> Acesso: 12/06/2014

cobertura do Fundo visando atender a todos os níveis da educação básica brasileira. No que se refere aos indicadores de qualidade do serviço, aponta que não houve alteração no número aluno por sala de aula, no entanto, o FUNDEF teve um impacto positivo no sentido de garantir recursos e ainda promover um aumento de gasto por aluno/ano no ensino fundamental. Por fim, no que tange à remuneração dos docentes, a pesquisa revelou que a melhoria salarial não se concretizou plenamente¹⁰.

Em face da crítica central ao FUNDEF, no sentido de que o Fundo tinha por escopo financiar exclusivamente o ensino fundamental em detrimento da educação infantil e do ensino médio, integrantes da educação básica, no Governo de Luís Inácio Lula da Silva foi elaborada a Proposta de Emenda à Constituição para estender o financiamento aos demais níveis da educação básica, denominando-o de Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB. A exposição de motivos ressalta o caráter positivo do FUNDEF, no entanto, ressalva a natureza segmentada e incompleta do referido programa governamental:

1. A questão da educação nacional oferecida pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, especialmente a educação básica, constitui um dos grandes desafios a ser enfrentado no contexto da política de inclusão social que norteia as ações do atual Governo. A ampliação do alcance do FUNDEB - o mais importante mecanismo de redistribuição de recursos vinculados à educação - representa a principal medida a ser implementada no conjunto das prioridades educacionais presentes, por constituir-se em instrumento de imediata, efetiva e ampla redistribuição dos recursos disponíveis destinados ao financiamento da educação básica no País.

2. A implantação do FUNDEF a partir de 1998 visou apenas ao ensino fundamental, deixando à margem do processo de inclusão educacional os jovens e adultos que não tiveram acesso à escola na idade própria, tanto no ensino fundamental quanto no ensino médio, bem como as crianças em idade para a educação infantil e todos os jovens que anualmente batem às portas do ensino médio, em uma demanda de escala crescente nos últimos anos - como reflexo da política, positiva, porém segmentada e incompleta, representada pelo FUNDEF.¹¹

Com o advento da Emenda Constitucional nº 53/2006, o FUNDEB passa, então, a abranger o financiamento de todas as etapas da educação

10. Idem.

11. Disponível em www.senado.gov.br. Acesso em 12/02/2015.

básica, além de modificar o percentual de 15% para 20% e incluir as receitas provenientes da arrecadação de outros tributos para a composição do Fundo (IPVA, ITCMD e quota-parte de 50% do ITR devida aos Municípios). Destaca-se ainda a criação da Comissão Intergovernamental de Financiamento para a Educação Básica, por meio da Lei nº 11.494/2007, as quais dentre outras competências, está incumbida de observar o dever do Estado em relação ao disposto nos incisos I a IV do art. 208 da CF/88 e às metas de universalização da educação básica previstas no plano nacional de educação.

Não obstante ainda esteja em curso esse novo programa governamental, Oliveira e Teixeira¹² asseveram que, sob a perspectiva da qualidade da educação como norteador da política de financiamento, tanto o FUNDEF como o FUNDEB não partiram de uma lógica de “inversão de raciocínio”. Para ser fiel à visão crítica dos autores, no que toca à política pública com vistas à implementação da qualidade da educação, convém transcrever o seguinte trecho:

O FUNDEB amplia os níveis de ensino a serem atendido, compromete a União com recursos para o financiamento da educação, estabelece coeficientes de diferenciação para a destinação de recursos entre os diferentes níveis e modalidades de ensino – complementa aspectos do Fundo para o ensino fundamental, respondendo a críticas que haviam sido feitas na década anterior. Mas a preocupação com a qualidade da educação, embora anunciada por seus formuladores, continua submetida à razão contábil instituída pelo FUNDEF.

Isso porque introduzir a qualidade da educação como um conceito norteador da formulação da política de financiamento exige uma certa “inversão de raciocínio”, pode-se chamar assim. Dever-se-ia partir daquilo que se pretende atingir com a educação, dos objetivos que esta tenha, da função que lhe é atribuída pela sociedade, do perfil de aluno que se deseja formar, das habilidades a serem por eles desenvolvidas.

Colocar esse norte à frente da preocupação focalizadora em termos da formulação da política é primeiro saber o que se espera da educação e depois alocar os recursos de maneira a realizar essa expectativa. E o que se discute sob esse ponto de vista não é como o Estado alocará os recursos que já julga suficientes para o financiamento da educação, mas o princípio que orienta a própria relação do Estado com a satisfação dessa necessidade da sociedade. Definidos os objetivos da educação, ou seja, a qualidade

12. *Ibidem*.

que esta assumirá, os recursos serão destinados conforme os custos necessários a realizar a educação pretendida. E esta preocupação não esteve presente na formulação do FUNDEF, nem do FUNDEB. Ao contrário, em ambos os fundos, que podemos assumir ser a mesma política, a qualidade da educação está colocada em um nível inferior na escala de prioridades para os gastos públicos em educação.

Esforços de consideração de uma definição de qualidade em termos operacionais foram feitos pelo grupo que avaliou os efeitos do FUNDEF, reunido pelo MEC, com resultados publicados em 2001 (INEP, 2001), assim como por Verhine (2005), em estudo encomendado pelo INEP. Na tentativa de corrigir aquilo que tinha sido considerado insuficiente na formulação da política, o Relatório do INEP apresentava o que seria uma estimativa de gasto hipotético para o custeio de uma escola de ensino fundamental (INEP, 2001, p. 124). Seria uma proposta de correção de rumo de uma política, uma ação a ser empreendida já num momento de sua implementação, resultante de um processo de avaliação e que caberia ao poder público realizar como parte de sua atribuição de executor de políticas.

Tomar a ideia de uma educação de qualidade como norteadora da formulação de uma política de financiamento poderia ser, por exemplo, considerar (e isso sem sair dos marcos da política educacional em vigor) metas propostas pelo Plano Nacional de Educação como indicadoras de como deve ser a educação brasileira, ou do que devem conter as escolas para que essa educação seja realizada, que extrapolassem os limites do atendimento previsto como parâmetro para a atuação da CEF. (...)

No entanto, o FUNDEB, mecanismo que distribui e aloca recursos nos vários níveis da educação básica não instituiu um efetivo padrão de qualidade como norte para sua implementação. E agora? Quais serão os efeitos dessa política de financiamento, que surge anacrônica em relação às necessidades da educação básica, para a próxima década na educação brasileira? Os gestores da educação, sobretudo, têm esse grande desafio pela frente.

A par da exposição, em breves linhas, das políticas públicas de educação denominadas FUNDEF e FUNDEB, pareceu-nos oportuno elaborar o quadro resumo a fim de delimitar o exame de tais programas governamentais, agora com o propósito de auxiliar o exame do papel do direito na articulação governamental necessária às políticas públicas:

Programa nome oficial: FUNDEF/FUNDEB (1997-2006/2007/Até 2020).

Direito em questão: política pública que busca a

universalização do ensino fundamental, o aprimoramento na qualidade do serviço de educação ofertado, mediante a distribuição racional dos recursos e a valorização do magistério, e o controle social. Atualmente, em face do FUNDEB, o escopo do financiamento passa a abranger toda a educação básica.

Gestão Governamental que criou ou implantou o programa: Governo Fernando Henrique Cardoso (FUNDEF). Governo Luiz Inácio Lula da Silva (FUNDEB).

Base jurídica formal: FUNDEF (EC nº 14/96, Lei nº 9.424/96 e Decreto nº 2.264/97) e FUNDEB (EC nº 53/06, Lei nº 11.494/07 e Decreto nº 6.253/07). Constituição Federal: artigos 205 a 214.

Agentes governamentais: Ministério da Educação, Secretarias Estaduais de Educação, Secretarias Municipais de Educação, demais órgãos federais, estaduais e municipais que tenham relacionamento direta ou indiretamente.

Agentes não governamentais: associações da sociedade civil, pais de alunos.

Público alvo: alunos da rede pública de ensino (educação básica) e potenciais estudantes.

Inserção na lei orçamentária anual: as receitas e despesas para a execução dos serviços de educação básica, por meio dos recursos do FUNDEF/FUNDEB devem estar previstas no orçamento, e contabilizada de forma específica.

Estratégia de Implantação: Iniciada com o FUNDEF por meio de uma subvinculação de uma parcela dos recursos da educação ao nível do ensino fundamental, com distribuição de recursos realizada automaticamente, de acordo com o número de alunos matriculados em cada rede de ensino fundamental, promovendo a partilha de responsabilidades entre o Governo Estadual e os Governos Municipais. Além disso, entrava na composição do FUNDEF, a título de complementação, uma parcela de recursos federais, com o objetivo de assegurar um valor mínimo por aluno/ano aos Governos Estadual e Municipal no âmbito do Estado onde este valor per capita não havia sido alcançado. Com o advento do FUNDEB a sistemática foi mantida..

Funcionamento efetivo do programa: Os recursos do FUNDEF/FUNDEB são repassados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios que ofertam serviços relativos à educação básica, a partir do número de alunos matriculados nas escolas públicas e conveniadas, obtido por meio do Censo Escolar elaborado pelo INEP/MEC, em parceria com os Estados e os Municípios, bem como

da apuração do valor do aluno/ano de cada Estado. Os recursos são repassados automaticamente por meio de conta específica no Banco do Brasil.

Aspectos críticos do desenho jurídico institucional e do funcionamento do programa: Aspectos positivos: financiamento do ensino público mais transparente e com aprimoramento do controle social. Racionalização técnica na distribuição dos recursos, mediante uma política redistributiva voltada para corrigir as desigualdades regionais. Avanços na universalização do ensino fundamental e, a partir do FUNDEB, da educação básica como um todo. Aspectos negativos: crítica quanto ao FUNDEF por atingir apenas o ensino fundamental (corrigida com o FUNDEB). Insuficiência do recurso para a despesa aluno/ano. Sob a dimensão qualitativa, ainda não se verificou impacto significativo no tocante ao perfil do quadro docente, a qualidade do ensino e o desempenho dos alunos.

2.2 DA POLÍTICA PÚBLICA COMO OBJETO INTERDISCIPLINAR

A definição do papel do direito na articulação governamental necessária às políticas públicas exige a explicitação do que se compreende por políticas públicas e, ainda, a fixação de premissas que serão adotadas para tal tarefa.

A locução “políticas públicas”, conforme adverte Dallari Bucci, é multívoca, podendo partir de arranjos governamentais amplas, como a noção de desenvolvimento. Como campo de conhecimento, anota que é difícil precisar a gênese da abordagem, embora seja fixada por alguns na década de 30 do século XX, a partir da compreensão do novo papel do Estado intervencionista, com o advento do New Deal, sendo a obra de Harold Lasswell, de 1930, pioneira ao fixar uma linha de trabalho em Ciência Política.¹³

Celina Souza¹⁴ aponta quatro grandes “pais” fundadores da área de políticas públicas: H. Lasswell, H. Simon, C. Lindblom e D. Easton. De acordo com a autora, Lasswell (1936) introduz a expressão “policy analysis” (análise de política pública) como forma de conciliar o conhecimento científico e acadêmico com a produção empírica dos governos. Simon (1957), por seu turno, introduziu o conceito de racionalidade limitada dos decisores públicos (policy makers), que poderia ser minimizada pelo

13. Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari. *Ibidem*. p. 229

14. SOUZA, Celina. O estado da arte da pesquisa em política pública. In *Políticas Públicas no Brasil*. HOCHMAN, Gilberto et al (Orgs). Rio de Janeiro: Fiocruz, 2008, p. 65-86.

conhecimento racional. Lindblom (1959, 1979) questiona a ênfase no racionalista de Lasswell e Simon, propondo outras variáveis à formulação e análise de políticas públicas, tais como as relações de poder e as diferentes fases do processo decisório. Por fim, Easton (1965) contribuiu para a área ao definir política pública como um sistema, ou seja, como uma relação entre formulação, resultado e ambiente.

De fato, considerando a natureza interdisciplinar da temática das políticas públicas, se mostra relevante analisar os esforços já empreendidos no campo da Ciência Política, sendo precioso o artigo “As Políticas Públicas na Ciência Política”, redigido por Eduardo Marques¹⁵, que bem retrata os referenciais teóricos que informaram os estudos sobre políticas públicas no interior da Ciência Política no Brasil e no exterior, desde as primeiras formulações, nos anos de 1930 até o período contemporâneo, bem como os deslocamentos que ocorreram ao longo dos últimos 50 anos nesta literatura.

De forma resumida, convém registrar os pontos de deslocamentos referidos no citado trabalho. Anota que no início o estudo sobre a “ciência do governo” buscava compreender os efeitos dos contextos sociais e políticos que cercam as políticas, bem como a centralidade da racionalidade nos processos de decisão. A decisão, a partir da racionalidade, era tida como o ponto alto da produção política.

Assim, o início do deslocamento, no que tange ao caráter racional do processo de decisão, a partir do fim dos anos 1970, deu-se com os trabalhos de Charles Lindblom, que embora aceitasse a centralidade do momento da decisão, não concordava que esse representasse um momento de escolha entre soluções alternativas para um determinado problema, de forma a maximizar produtos e reduzir custos. Para Lindblom os meios e os fins seriam escolhidos muitas vezes de forma simultânea e o processo de decisão seria “incremental”, com pequenas decisões subsequentes que poderiam ser revertidas com custos relativamente baixos (comparações limitadas sucessivas entre alternativas).

Posteriormente, pondera que apesar das inúmeras críticas, a representação das políticas através do ciclo se apresenta como ferramenta descritiva importante, e que novo deslocamento é verificado com a preocupação voltada para a fase da implementação da política. Os decisores não seriam capazes de estabelecer e desenvolver políticas apenas desde cima (top-down). A implementação representaria uma “ordem negociada”, envolvendo múltiplos atores. Um último deslocamento diz respeito às

15. MARQUES, Eduardo e PIMENTA, Carlos Aurélio (Editores). *Política Pública como Campo Disciplinar*. São Paulo: Editora UNESP, 2013

avaliações sobre políticas públicas. Embora antes considerada periférica em termos explicativos.

Destaca o autor que a partir de 1980 houve outro importante deslocamento, sob a influência do neoinstitucionalismo. Embora existam vários neoinstitucionalismos, o traço comum é a centralidade dada às instituições. Destaca neoinstitucionalismo histórico, baseado em dois elementos centrais para a melhor compreensão do Estado e de suas políticas: a) os atores estatais, seu insulamento, capacidades e poder; b) a influência das instituições enquadrando a esfera política. O neoinstitucionalismo destaca a importância das instituições em todo o processo de produção da política pública.

No campo do Direito, consoante ressaltado, nos estudos acerca da temática das políticas públicas tem predominado a preocupação de natureza formal ou estrutural, notadamente, os limites do controle jurisdicional das políticas públicas, ofuscando, assim, a importante tarefa do jurista de colaborar, sob o aspecto substantivo, na elaboração, implementação, avaliação ou aprimoramento das políticas públicas, por meio da construção de uma metodologia jurídica própria.

Acerca do intervencionismo Judiciário, mais atualmente verificado, a fim da implementação de políticas públicas pelos órgãos estatais, longe do intuito de esgotar-se extenso debate, a par da legitimidade de referida ingerência, especialmente em face da separação constitucionalmente assegurada dos Poderes da República, podemos encontrar viés justificador ao lado de qualquer uma das opiniões que se pretenda amparar.

Se de um lado há influência importante no gerenciar do dinheiro público, minimizando a independência do Executivo para controlar quais obras, serviços e políticas merecem prioridade, visto que terá parte de sua arrecadação numerária aprisionada por uma decisão judicial, de outro lado teremos o atendimento coletivo de um grupo de pessoas através da implementação dessa política pública de segunda geração que, embora caracterizada como omissão genérica do administrador público, muitas vezes também qualifica-se essencial à garantia da dignidade humana.

Na ponderação de tais interesses, traz-se à baila, no mais das vezes, o princípio da proporcionalidade, como forma de justificar essa intervenção do Judiciário noutra seara para abonar pretensão essencial ao indivíduo.

Ora, ao lado do art. 2º da CF, encontramos os artigos 5º e 6º, todos considerados cláusulas pétreas que, na verificação de supostos conflitos hermenêuticos devem, sem outra saída, harmonizar-se sob a égide da unidade constitucional.

Diogo Coutinho¹⁶ observa que essa relação simultânea de proximidade (prática) e distância (acadêmica) entre o direito e o campo das políticas públicas brasileiras tem muitas causas, algumas relacionadas a certos traços do ensino jurídico que tem negligenciado a formação de profissionais do direito preparados para estruturar, operar e aprimorar políticas públicas. Seguem vinculados a uma abordagem de ensino formalista, estanque, baseada essencialmente em ensinamentos doutrinários.

Alerta que são raros os estudos empíricos e interdisciplinares no campo do direito no país, marcadamente autocentrado, com prejuízo ao diálogo com outras ciências sociais. Pondera ainda as limitações epistemológicas para se adaptar às metamorfoses do Estado e dos papéis de seu arcabouço jurídico na construção de políticas públicas, bem como o anacronismo de algumas categorias jurídicas do direito administrativo brasileiro, a exemplo da noção estanque de ato administrativo, que conduz juristas administrativas a considerar políticas públicas como uma sucessão de atos administrativos e não como um *continuum* articulado e dinâmico, estruturado em torno de fins previamente articulados a meio.

Justamente no seio dos escassos trabalhos jurídicos que adotam tal perspectiva, têm lançado luzes as pesquisas de Dallari Bucci para a construção de uma teoria jurídica das políticas públicas. Na tese “Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Pública”, apresentada em concurso de Livre-Docência em Direito do Estado, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, procura empreender um trabalho sistemático sobre a dimensão jurídica das políticas públicas. Para Dallari Bucci¹⁷:

O fio condutor da reflexão é a relação entre a política como força originária, que se exterioriza no governo, e sua forma institucionalizada pelo direito, que se reconhece no Estado, com suas estruturas e funcionalidades. Procura-se compreender de que modo as formas jurídicas da ação governamental influem, catalisando os anseios e forças da sociedade em direção ao desenvolvimento. Em outras palavras, investiga-se de que modo a técnica jurídica pode contribuir para gerar ou mover poder na sociedade.

A partir de duas perguntas – o que é governo e como se relacionam, no governo, a política e o direito –, propôs-se, neste trabalho, examinar o fenômeno governamental, enquanto manifestação juridicamente disciplinada, em três planos de aproximação: macro, meso e microinstitucional. O plano macroinstitucional compreende o governo

16. Ibidem.

17. BUCCI, Maria Paula Dallari. Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Pública. São Paulo: Saraiva, 2013.

propriamente. No extremo oposto, plano microinstitucional, considera-se a ação governamental como unidade atomizada de atuação do governo. Na posição intermediária, o plano mesoinstitucional, analisam-se os arranjos institucionais, ação governamental agregada em unidades maiores. (...)

Em resumo, são diversos planos sobre os quais se pode ver a realidade do Estado e a organização governamental, distinguindo-se a direção política de suas respectivas estruturas. Tem-se, no plano macroinstitucional, as decisões políticas fundamentais, a “grande política”, bem como os rumos do planejamento de longo prazo. No plano mesoinstitucional, da “média política”, os arranjos institucionais, que desenham, com a ação governamental racionalizada, agregando e compondo elementos disponíveis, em uma direção determinada, tornada previsível com base em regras e institucionalização jurídica, que define as situações a serem experimentadas em operações futuras, resultando na reiteração da ação. Finalmente, a ação governamental nas suas menores unidades, a chamada “pequena política”, no desenrolar dos processos jurídicos que levam à formação e desenvolvimento das políticas públicas; a decisão e as iniciativas legislativas pertinentes, além das decisões judiciais, nas hipóteses de conflito. Essa dimensão é aquela em que sobressai o papel dos indivíduos.

A proposta tem a virtude de permitir a adoção de vários focos analíticos: no plano microinstitucional, o elemento processo, que possibilita a melhor apreensão das diversas fases de produção e implementação da ação governamental; e no plano mesoinstitucional, dos arranjos institucionais, da institucionalização como objetivação e organização por meio da ordenação jurídica.

A partir desses elementos e da análise dos programas governamentais denominados FUNDEF e FUNDEB, é que se empreenderão esforços a fim de registrar algumas notas sobre o papel do direito na articulação governamental necessária às políticas públicas.

2.3 DO DIREITO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Diogo Coutinho¹⁸, ao examinar a política pública denominada Programa Bolsa Família, vislumbrou ao menos quatro papéis do direito naquela ação governamental, quais sejam: direito como moldura; direito

18. COUTINHO, Diogo R. *O Direito nas Políticas Sociais Brasileiras: um estudo do Programa Bolsa Família*. In Mario G. Shapiro e David Trubek (Orgs). *Direito e Desenvolvimento: um diálogo entre os brics*. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1, p. 73-122.

como vocalizador de demandas; direito como ferramenta; e direito como arranjo institucional.

O direito como moldura, em síntese, consiste em reconhecer que o arcabouço jurídico seja capaz de delimitar e institucionalizar metas ou “pontos de chegada dessa política”. O direito formaliza objetivos que devem ser perseguidos programaticamente por dada ação de política pública (vg. o art. 3º, II, da CF/88, que estabelece como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil garantir o desenvolvimento nacional). Além disso, ao formalizar um programa de ação governamental, o direito obriga o aplicador, tornando-o vinculante.

Por seu turno, o papel do direito como vocalizador de demandas pode ser compreendido como forma de assegurar a todos os interessados a participação na conformação, implementação ou avaliação da política. Significa admitir que no limite as normas jurídicas podem dotar ou privar a política de mecanismos de deliberação, participação, consulta, controle social e colaboração, tornando-a mais ou menos democrática.

O direito como ferramenta é uma forma de sublinhar a seleção dos meios a serem empregados para perseguir os objetivos predefinidos. A eficácia da ação governamental dependerá da adequação da modelagem jurídica eleita, nela inserida a escolha do tipo de norma a ser utilizada, o desenho das sanções, o desenho do modelo de incentivo etc.

Por fim, o direito como arranjo institucional parte da concepção de que as normas jurídicas estruturam o seu funcionamento, regulam seus procedimentos e se encarregam de viabilizar entre atores direta e indiretamente ligados a tais políticas. Sobressai a importância da partilha de responsabilidades e tarefas.

Cabe anotar que Diogo Coutinho retoma tal proposta em outro trabalho, oportunidade em que atribui uma dimensão a cada um dos papéis do direito: como moldura; como vocalizador de demandas; como ferramenta; e como arranjo institucional, a saber, respectivamente, substantiva, participativa, instrumental e estruturante. Além disso, adverte que os papéis apontados não constituem um método acabado e podem, no limite, se sobrepor, mas que serão mantidos a fim de conferir maior clareza e objetividade nos estudos sobre o direito nas políticas públicas.

O exame dos programas FUNDEF/FUNDEB revela que, para além dos papéis do direito acima propostos, com a ressalva do risco da sobreposição, pode-se vislumbrar ainda ao menos mais um papel de suma importância, qual seja: o direito como avaliador da política pública. Cumpre verificar cada um dos papéis.

O direito como moldura ou objetivo: a CF/88 estabelece como objetivos para a educação, dentre outros, a universalização do atendimento escolar e valorização dos profissionais da educação. Com o advento das políticas públicas FUNDEF/FUNDEB restaram formalizados programas de ação governamental voltados ao atendimento desses objetivos, tendo o direito o condão de obrigar o aplicador, tornando-os vinculantes. Os programas têm por escopo corrigir as distorções que existiam no sistema de recursos destinados à educação, visando à melhoria da gestão educacional.

O direito como vocalizador de demandas: O FUNDEF assim como o FUNDEB previu um Conselho de Acompanhamento e Controle Social, a fim de fiscalizar a aplicação dos recursos advindos do Fundo. Não obstante, verifica-se que a participação formal, sob tal perspectiva, se dá apenas na fase da execução da política pública.

O direito como ferramenta: O FUNDEF assim como o FUNDEB adotaram tipos de normas compatíveis para a sua implementação e execução. Por exemplo, a disciplina por lei de matérias perenes (estrutura do financiamento) e por ato administrativo as matérias que demandem ajustes periódicos (definição do valor aluno/ano), conferindo, assim, operacionalidade ao programa. No entanto, pode-se questionar se o uso de medidas de incentivo (fomento) não poderia ser instrumento adequado para o alcance de metas de qualidade do ensino e melhoria da remuneração dos docentes.

O direito como arranjo institucional: Os recursos do FUNDEF/FUNDEB são repassados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios que ofertam serviços relativos à educação básica, a partir do número de alunos matriculados nas escolas públicas e conveniadas, obtido por meio do Censo Escolar elaborado pelo INEP/MEC, em parceria com os Estados e os Municípios, bem como da apuração do valor do aluno/ano de cada Estado. Os recursos são repassados automaticamente por meio de conta específica no Banco do Brasil. As responsabilidades e tarefas de cada ente político foram suficientemente delimitadas.

O direito como avaliador da política: consiste em reconhecer que o arcabouço jurídico seja capaz de delimitar e institucionalizar em cada política pública, guardadas as suas peculiaridades, critérios de avaliação periódica e de atingimento de metas, bem como de propor alternativas visando à correção de distorções do programa ou o aprimoramento na sua execução.

3 DA LEI Nº 13.019/14 ENQUANTO INSTRUMENTO DE POLÍTICA PÚBLICA

O estudo da legislação sob um viés funcional, vale dizer, que a concebe como um instrumento para a ação governamental e, por conseguinte, para o alcance das finalidades contidas em determinada política pública, tem sido objeto de tímida preocupação por parte dos juristas.

Nesse sentido, Natasha Schmitt Caccia Salinas, em primorosa Tese de Doutorado em que examina a lei enquanto instrumento de ação governamental, bem observa que o:

(...) tema da legalização das políticas públicas é renegado por juristas e sobretudo por administrativistas brasileiros, que se preocupam, primordialmente, com a formulação de teorias que visam orientar a ação do Judiciário na revisão de atos estatais. No entanto, como tais teorias servem sobretudo para conferir limites negativos à ação administrativa, informando como o agir discricionário não pode ser exercido, elas terminam por serem acionadas apenas quando administradores abusam do seu poder discricionário. Na prática, tais construções doutrinárias não levam em consideração fatores determinantes do modo de agir dos administradores e, por esse motivo, oferecem uma gramática inadequada e deficiente para explicar e influenciar o processo de implementação de políticas públicas.¹⁹

Embora não se pretenda aqui aprofundar o exame das teorias da legislação, expostas de forma brilhante pela autora citada, concorda-se com entendimento no sentido de que *“o direito tem algo a oferecer para explicar e afetar o comportamento dos atores envolvidos na formulação e implementação de políticas.”*²⁰

Com base nessa premissa, pretende-se, ao menos, examinar as fases para a implementação de uma política pública de fomento, bem como identificar os papéis do direito no tocante à Lei nº 13.019/2014, considerada como Marco Regulatório das relações de fomento entre Administração Pública e organizações da sociedade civil.

Relativamente às fases de uma política pública, conforme relata Felipe de Melo Fonte²¹, não há um consenso no âmbito da Ciência Política, apontando-se classificações com cinco ou seis fases. O autor arrola: (i) definição da agenda pública; (ii) formulação e escolha das políticas públicas;

19. SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. *Legislação e Políticas Públicas – A lei enquanto instrumento de ação governamental*. Tese de Doutorado apresentada no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2012, p. 17. No prelo.

20. Idem, p. 17.

21. FONTE, Felipe de Melo. *Políticas Públicas e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 50.

(iii) sua implementação pelo órgão competente; (iv) avaliação pelos diversos mecanismos previstos na Constituição ou em leis.

Natasha Salinas observa que a legislação situa-se no final da fase III e início da fase IV, com as escolhas oficiais sobre as políticas públicas e programas governamentais²². A construção dessa legislação deve ter por objetivo primordial oferecer parâmetros de ação para a Administração Pública, mecanismo primário de implementação de políticas públicas²³.

No caso da Lei nº 13.019/14²⁴, o início do processo se deu 2010, com a “Plataforma por um Novo Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil”, articulada por diversas organizações, redes e movimentos sociais.

Em 2011, o Poder Executivo criou um Grupo de Trabalho Interministerial para elaborar propostas e análises sobre o tema, integrado por representantes dos órgãos públicos federais envolvidos com a temática e por 14 organizações da sociedade civil de representatividade nacional, indicadas pela mencionada Plataforma. No mesmo ano foi construído um “plano de ação”, bem como definidos temas orientadores para a agenda.

Em agosto de 2012, os resultados do grupo de trabalho foram descritos em um relatório final contendo o diagnóstico, as propostas para o aperfeiçoamento e os desafios remanescentes da agenda do Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil. A partir desse momento, a agenda do Marco Regulatório passou a orientar-se pelos eixos: contratualização (questões referentes aos instrumentos para a formalização da parceria), sustentabilidade econômica (questões relacionadas a tributos, tipos societários, fonte de recursos) e certificação.

Em 2013 as discussões sobre o Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil foram intensificadas no Congresso Nacional, culminando com a edição, no ano seguinte, da Lei nº 13.019/14, alterada pela Lei nº 13.214/15.

A narrativa histórica do processo de construção da política pública de fomento expressada na Lei nº 13.019/14 revelam as fases I, II e parte da fase III do ciclo da política pública acima referida, em que, de um lado, há a definição de uma agenda e de outro uma resposta oficial do governo. O processo, no entanto, é invariavelmente permeado por dificuldades

22. *Ibidem*. p. 23.

23. *Idem*. p. 24.

24. Informações disponíveis no sítio do Planalto na internet. www.planalto.gov.br. Acesso em 12/12/2015.

de inúmeras ordem, que vão desde questões de cunho orçamentário até questões exclusivamente políticas.

A par disso, o que se destaca na política pública ora examinada, de forma positiva, é que a mesma não foi concebida “de cima para baixo”, tendo havido ampla preocupação em ouvir os diversos atores envolvidos (organizações da sociedade civil, Ministério Público, Advocacia Geral da União, órgãos envolvidos com a matéria), por diversos canais (internet, reuniões, seminários, congressos), o que reforça não apenas a legitimidade da política sob o prisma democrático, mas também acarreta menos traumas nas relações jurídicas travadas nesse âmbito.

Com efeito, essa abertura democrática na construção de uma política pública enseja uma legislação mais eficaz, na medida em que consegue captar com maior precisão as dificuldades enfrentadas pelos atores envolvidos.

Natasha Salinas anota que uma legislação que contemple uma política pública usualmente é composta das seguintes partes:

- (i) objetivos e diretrizes legislativos;
- (ii) normas de estrutura e funcionamento do órgão implementar;
- (iii) regras e standards prescrevendo as condutas que devem ser observadas pelos destinatários da lei;
- (iv) procedimentos de tomada de decisão administrativa;
- (v) normas internas da Administração, que objetivam orientar os Administradores na implementação da lei.

Relativamente aos objetivos e diretrizes da Lei nº 13.019/14, estes podem ser identificados na leitura dos arts. 1º, 5º e 6º.

O art. 1º estabelece que a Lei institui “*normas gerais para as parcerias entre a administração pública e organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação.*”

Esse regime de mútua cooperação para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco tem como fundamentos: *a gestão pública democrática; a participação social; o fortalecimento da sociedade civil; a transparência na aplicação dos recursos públicos; os princípios da legalidade; da legitimidade; da impessoalidade; da moralidade; da publicidade; da economicidade, da eficiência e da eficácia* (art. 5º, *caput*).

A política pública introduzida pela Lei nº 13.019, denominada Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil, contempla os seguintes

objetivos no relacionamento entre Estado e Sociedade (incisos I a X do art. 5º):

I - o reconhecimento da participação social como direito do cidadão;

II - a solidariedade, a cooperação e o respeito à diversidade para a construção de valores de cidadania e de inclusão social e produtiva;

III - a promoção do desenvolvimento local, regional e nacional, inclusivo e sustentável;

IV - o direito à informação, à transparência e ao controle social das ações públicas;

V - a integração e a transversalidade dos procedimentos, mecanismos e instâncias de participação social;

VI - a valorização da diversidade cultural e da educação para a cidadania ativa;

VII - a promoção e a defesa dos direitos humanos;

VIII - a preservação, a conservação e a proteção dos recursos hídricos e do meio ambiente;

IX - a valorização dos direitos dos povos indígenas e das comunidades tradicionais;

X - a preservação e a valorização do patrimônio cultural brasileiro, em suas dimensões material e imaterial.

As diretrizes fundamentais do regime jurídico de parceria estão traçadas nos incisos I a IX do art. 6º:

I - a promoção, o fortalecimento institucional, a capacitação e o incentivo à organização da sociedade civil para a cooperação com o poder público;

II - a priorização do controle de resultados;

III - o incentivo ao uso de recursos atualizados de tecnologias de informação e comunicação;

IV - o fortalecimento das ações de cooperação institucional entre os entes federados nas relações com as organizações da sociedade civil;

V - o estabelecimento de mecanismos que ampliem a gestão de informação, transparência e publicidade;

VI - a ação integrada, complementar e descentralizada, de recursos e ações, entre os entes da Federação, evitando sobreposição de iniciativas e fragmentação de recursos;

VII - a sensibilização, a capacitação, o aprofundamento e o aperfeiçoamento do trabalho de gestores públicos, na

implementação de atividades e projetos de interesse público e relevância social com organizações da sociedade civil;

VIII - a adoção de práticas de gestão administrativa necessárias e suficientes para coibir a obtenção, individual ou coletiva, de benefícios ou vantagens indevidos;

IX - a promoção de soluções derivadas da aplicação de conhecimentos, da ciência e tecnologia e da inovação para atender necessidades e demandas de maior qualidade de vida da população em situação de desigualdade social.

No tocante às normas de estrutura e de funcionamento dos órgãos implementadores, merece destaque a previsão de programas de capacitação, que poderão ser instituídos pela União, em coordenação com os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as organizações da sociedade civil, voltados a administradores públicos, dirigentes e gestores; II - representantes de organizações da sociedade civil; III - membros de conselhos de políticas públicas; IV - membros de comissões de seleção; V - membros de comissões de monitoramento e avaliação; VI - demais agentes públicos e privados envolvidos na celebração e execução das parcerias.

Na mesma direção, cumpre citar a previsão legislativa dos seguintes órgãos: conselho de política pública; comissão de seleção e comissão de monitoramento e avaliação, cujas competências assim foram atribuídas (art. 1º, incisos IX, X e XI):

IX - conselho de política pública: órgão criado pelo poder público para atuar como instância consultiva, na respectiva área de atuação, na formulação, implementação, acompanhamento, monitoramento e avaliação de políticas públicas;

X - comissão de seleção: órgão colegiado destinado a processar e julgar chamamentos públicos, constituído por ato publicado em meio oficial de comunicação, assegurada a participação de pelo menos um servidor ocupante de cargo efetivo ou emprego permanente do quadro de pessoal da administração pública;

XI - comissão de monitoramento e avaliação: órgão colegiado destinado a monitorar e avaliar as parcerias celebradas com organizações da sociedade civil mediante termo de colaboração ou termo de fomento, constituído por ato publicado em meio oficial de comunicação, assegurada a participação de pelo menos um servidor ocupante de cargo efetivo ou emprego permanente do quadro de pessoal da administração pública.

Quanto às regras e standards prescrevendo as condutas que devem ser observadas pelos destinatários da lei, assim como as normas

internas da Administração, que objetivam orientar os Administradores na implementação da lei, indicam-se, notadamente, as regras que disciplinam os procedimentos para a celebração dos Termos de Fomento e dos Termos de Colaboração

Por fim, no que se refere aos procedimentos de tomada de decisão administrativa, cumpre menção ao art. 8º, o qual impõe ao administrador público, quando da decisão acerca da celebração de parcerias: considerar a capacidade operacional da administração pública para celebrar a parceria, cumprir as obrigações dela decorrentes e assumir as respectivas responsabilidades; avaliar as propostas de parceria com o rigor técnico necessário; designar gestores habilitados a controlar e fiscalizar a execução em tempo hábil e de modo eficaz e apreciar as prestações de contas na forma e nos prazos determinados nos termos da lei.

Cumpre verificar, então, o papel do Direito na Lei nº 13.019/14, sob a perspectiva funcional:

3.1 DIREITO COMO MOLDURA OU OBJETIVO

As relações de parceria entre Estado e Organizações da Sociedade Civil para a consecução de interesses públicos na área social, consoante visto, decorre da atividade administrativa de fomento no domínio social e tem amparo na Constituição da República de 1988.

No entanto, a função fomentadora na área social visando a implementação dos direitos sociais era marcada por um ambiente de insegurança jurídica, em face de uma legislação de regência esparsa, não sistemática e lacunosa, possibilitando, dentre outros, a falta de critérios para a escolha das entidades fomentadas, o desvio de recursos públicos por "entidades fantasmas", os deficientes mecanismos de controle; e a fragilização das organizações da sociedade civil como um todo.

A Lei nº 13.019/14, como instrumento da ação governamental, procurou corrigir as distorções existentes no cenário anterior, mediante os eixos da "contratualização", da "sustentabilidade" e da "certificação"

Sob tal perspectiva, a legislação adota uma lógica processual que percorre:

- (i) O planejamento da ação de fomento (art. 22);
- (ii) O procedimento para a seleção da organização da sociedade civil apta ao recebimento do fomento (art. 23), como regra;

(iii) O procedimento para a celebração do Termo de Parceria ou do Termo de Colaboração e para a sua execução, incluído o monitoramento (arts. 5º, 16, 17, 33 a 61);

(iv) O procedimento para a prestação de contas (art. 63 e seguintes)

3.2 O DIREITO COMO VOCALIZADOR DE DEMANDAS

O papel do direito como vocalizador de demandas, como forma de assegurar a participação dos interessados na conformação, implementação ou avaliação da política, pode ser identificado na autorização legislativa para a criação do Conselho Nacional de Fomento e Colaboração, de composição paritária entre representantes governamentais e organizações da sociedade civil, com a finalidade de divulgar as boas práticas e de propor e apoiar políticas e ações voltadas ao fortalecimento das relações de fomento e de colaboração (art. 15).

3.3 O DIREITO COMO FERRAMENTA

O papel do direito como ferramenta diz respeito aos tipos de normas adotadas para a operacionalização da ação governamental. Na hipótese da Lei nº 13.019/14 depreende-se que esta disciplinou por lei as matérias perenes (caracterização dos termos de fomento e colaboração, procedimentos para sua celebração etc.) e remeteu à disciplina infralegal as matérias que demandem ajustes periódicos (composição dos membros do Conselho Nacional de Fomento e Colaboração e normas de procedimentos simplificados para a prestação de contas), conferindo, assim, operacionalidade à ação governamental.

3.4 O DIREITO COMO ARRANJO INSTITUCIONAL

O direito como arranjo institucional está vinculada à ideia de partilha de competências para a execução da política. No caso da Lei nº 13.019/14, embora se trate de veículo introdutor de normas gerais, a vincular todas as esferas federativas, merece destaque, por exemplo, a partilha de atribuições no que toca aos programas de capacitação de todos os atores envolvidos.

3.5 O DIREITO COMO AVALIADOR DA POLÍTICA

O direito como avaliador da política consiste em reconhecer que o arcabouço jurídico seja capaz de delimitar e institucionalizar em cada política

pública, guardadas as suas peculiaridades, critérios de avaliação periódica e de atingimento de metas, bem como de propor alternativas visando à correção de distorções do programa ou o aprimoramento na sua execução. Esse papel, como visto, foi reservado o Conselho Nacional de Fomento e Colaboração.

CONCLUSÃO

À guisa de conclusão do presente artigo, tem-se que restou demonstrado a estreita vinculação entre direitos sociais, atividade administrativa de fomento e políticas públicas. Indissociável, pois, a ligação presente entre tais recursos para que, de fato, possa-se assegurar a plena aplicação dos direitos fundamentais de segunda dimensão previstos em nossa Carta Magna e almejados tanto pelos administrados quanto pelo Gestor Público.

Assim, a efetividade da atividade administrativa de fomento como instrumento de realização dos direitos sociais está, em grande medida, diretamente vinculada à construção de uma política pública (legislação) capaz de direcionar a conduta dos atores envolvidos aos objetivos nela contidos, a qual deve sempre estar pautada nos princípios basilares da supremacia do interesse público sobre o privado e na indisponibilidade do interesse público, dentre outros, como os expressos no artigo 37 de nossa Constituição.

Destaca-se, ainda, que embora a questão apresente-se digna de análise sob os prismas que se presente, inegável que à luz da dignidade da pessoa humana, a influência jurisdicional na arrecadação e gerência das políticas públicas têm sido capaz de resguardar interesses sociais ligados a necessidades básicas, muito embora não deixe de significar ingerência sob o lastro do artigo 2º da Constituição da República.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ARAÚJO, Edmir Netto de. Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARROS, Laura Mendes Amando de. O fomento e o Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente de São Paulo. Dissertação

apresentada no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, no prelo.

BOBBIO, Noberto. Da estrutura à função: novos estudos da teoria do Direito. 1ª edição. Barueri: Manole, 2007.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 11. Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONTEMPO, Alessandra Gotti. Direitos Sociais. Curitiba: Juruá Editora. 2008.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAMMAROSANO, Márcio. O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

COUTINHO, Diogo R. O Direito nas Políticas Públicas. In Política Pública como Campo Disciplinar. MARQUES, Eduardo e PIMENTA, Carlos Aurélio (Editores). São Paulo: Editora UNESP, 2013.

COUTINHO, Diogo R. O Direito nas Políticas Sociais Brasileiras: um estudo do Programa Bolsa Família. In Mario G. Shapiro e David Trubek (Orgs). Direito e Desenvolvimento: um diálogo entre os brics. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 10ª edição. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. Direito administrativo. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. Direito Privado Administrativo. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Org.) São Paulo: Editora Atlas, 2013.

FERREIRA, Daniel e CATTONI, Angelo Solano. Fomento às microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações públicas municipais como forma de desenvolvimento regional. Artigo disponível no sítio da internet: <http://www.publicadireito.com.br>. Acesso em 15/10/2015.

FONTE, Felipe de Melo. Políticas Públicas e Direitos Fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2013.

GABARDO, Emerson e RESENDE, Augusto César Leite de. A atividade administrativa de fomento na gestão integrada de resíduos sólidos em perspectiva com o desenvolvimento sustentável. A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 105-131, jul/set.2013.

GASPARINI, Diogenes. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Parcerias na Administração Pública. Revista Direito do Terceiro Setor – RDTS, Belo Horizonte, ano 6, n. 11, p. 31-113, jan/jun 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

LIMA, Carolina Caiado. O convênio administrativo colaborativo para a transferência de recursos públicos a entidades sem fins lucrativos como instrumento dos mecanismos diretos do fomento público. Dissertação apresentada no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, no prelo.

MARQUES, Eduardo e PIMENTA, Carlos Aurélio (Editores). Política Pública como Campo Disciplinar. São Paulo: Editora UNESP, 2013.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Tratado de Direito Administrativo. Vol. 4. Coord. Maria Sylvia Zanella Di Pietro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARTINS, Paulo de Sena. O financiamento da educação básica como política pública. In Revista Brasileira de Política e Administração da Educação, vol. 26, n. 3, setembro/dezembro 2010.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Estudos de Direito Administrativo Neoconstitucional. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELLO, Célia Cunha. O fomento da Administração Pública. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MENDONÇA, José Vicente Santos. Uma teoria do fomento público: critérios em prol de um fomento público democrático, eficiente e não-paternalista. In R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (65), 2010.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. Teoria do Contrato Administrativo. Tese de Livre-Docência apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010. No prelo.

_____, Fernando Dias. Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, para concurso público ao cargo de Professor Titular – área de Direito Administrativo. 2013. No prelo.

MODESTO, Paulo. Do fomento às organizações sociais ao fomento do consumo livre e direto de serviços sociais: avanço ou retrocesso? Artigo disponível no sítio da internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 01/12/2015.

_____. Reforma do marco legal do Terceiro Setor no Brasil. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, n. 05, mar./maio 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 10 dez. 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. Parte introdutória. Parte geral. Parte especial. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MUKAI, Toshio. Licitações e contratos públicos. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

NOHARA, Irene Patrícia. Direito Administrativo. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

NOHARA, Irene Patrícia, MARRARA, Thiago. Processo Administrativo. São Paulo: Editora Atlas, 2009

OLIVEIRA, Gustavo Justino. Direito Administrativo Democrático, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2006.

OLIVEIRA, Rosimar de Fátima e TEIXEIRA, Beatriz de Basto. As políticas de financiamento da educação básica na última década. Disponível em: <http://www.simposioestadopoliticas.ufu.br/imagens/anais/pdf/DC10.pdf> . Acesso em 14/06/2014.

POZAS, Jordana de. Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo. Disponível em: <http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/2/REP_048_040.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2012.

REGULES, Luis Eduardo Patrone. Terceiro setor regime jurídico das OSCIPs. São Paulo: Método, 2006.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Terceiro Setor. São Paulo: Malheiros, 2003.

ROSA, D. L., VERHINE, R., MAGALHÃES, A.L., SILVA, C.D., ARAGÃO, J.W., SILVA, L.F., LEITE, M.I.P.A. Processo de Implantação de Impacto do Fundef no Estado da Bahia, 2002. Disponível em: <http://www.isp.ufba.br> Acesso: 12/06/2014

SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. Legislação e Políticas Públicas – A lei enquanto instrumento de ação governamental. Tese de Doutorado apresentada no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2012. No prelo.

SALGADO, Gisele Mascarelli. Sanção na Teoria do Direito de Norberto Bobbio. Tese de Doutorado defendida no Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-SP, 2008, no prelo.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Estímulos positivos. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.). Terceiro Setor, empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e o privado. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SOUZA, Celina. O estado da arte da pesquisa em política pública. In Políticas Públicas no Brasil. HOCHMAN, Gilberto et all (Orgs). Rio de Janeiro: Fiocruz, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de direito público. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. Direito Administrativo para Céticos. São Paulo: Editora Malheiros, 2ª edição, 2014,

SZAZI, Eduardo. Terceiro Setor: regulação no Brasil. São Paulo: Fundação Petrópolis, 2001.

TÁCITO, Caio. Direito administrativo participativo. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 209, 1997.

TEIXEIRA, Josenir. O terceiro setor em perspectiva: da estrutura à função social. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

VALIM, Rafael. A subvenção no Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Editora Contracorrente. 2015. p. 49.

ZANCANER, Weida. Da responsabilidade extracontratual da Administração Pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. Da intervenção do Estado no domínio social, 2008. No prelo.

CAPÍTULO 3

BREVES CONSIDERAÇÕES
SOBRE A LEI FEDERAL
13.655/2018

ALEXANDRE HISAO AKITA

Advogado, Procurador do Município de Jundiáí, Controlador Geral do
Município de Jundiáí.

INTRODUÇÃO

Inicialmente, cumpre esclarecer aos leitores que, a pretensão primeira deste artigo é uma tentativa de prestar a devida reverência e homenagem proporcionais à magnitude da pessoa do homenageado.

Para isso, dentre tantos assuntos que poderiam ser tratados neste brevíssimo artigo, escolheu-se a Lei Federal no. 13.655/2018, na intenção de, também, trazer mais uma contribuição para os operadores do Direito, em especial, para aqueles que lidam diariamente com as questões trazidas pela novel lei.

Neste sentido, espera-se que o este artigo possa, ainda que minimamente, atender as expectativas dessas pessoas ou trazer algum direcionamento para as diversas discussões que estão sendo travadas em razão dela.

1 NOTAS PROPEDÊUTICAS SOBRE A INSERÇÃO DO NOVEL À
LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO

Como é sabido, a Lei Federal no. 13.655/2018 acrescentou 10 (dez) artigos ao Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). Salvo o artigo 29 – que possui

uma *vacatio legis* de 180 dias -, as demais inovações passaram a vigor na data da respectiva publicação oficial da lei, ou seja, no dia 26.04.2018.

Dito isso, a primeira questão que merece ser abordada se refere à opção do legislador em incluir, ao texto da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, os dispositivos da Lei Federal no. 13.655/2018.

Isso porque, nada impediria que a Lei Federal no. 13.655/2018 tivesse sido editada, como tantas outras, de modo isolado.

Com efeito, ao optar por acrescer à redação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) acredita-se que, propositadamente, a intenção do legislador foi de conferir aos dispositivos da Lei Federal no. 13.655/2018, ao menos formalmente, o *status* de normas de sobredireito ou de apoio. Esta natureza jurídica da LINDB já era reconhecida pela Doutrina e pela jurisprudência das Cortes Superiores.

Ou seja, a princípio, poder-se-ia afirmar que os artigos 20 a 30 trazidos pela Lei Federal no. 13.655/2018 consistiriam em normas que disciplinariam a emissão, interpretação e aplicação de outras normas jurídicas.

Assim, ao menos em tese, com a inserção dos dispositivos da Lei Federal no. 13.655/2018 à LINDB, todas as demais normas jurídicas dos diversos ramos do Direito Brasileiro, em especial do Direito Público, deverão ser repensadas e aplicadas em conformidade e à luz das novas disposições legais, sem perder de vista, é claro, a Constituição da República (CRFB/88).

Diante dessa premissa, é possível extrair, ao menos, 3 (três) questões imediatas e deflagradoras de controvérsias.

A primeira. Como é cediço, a redação original da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) deu-se por meio do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de **1942**. Naquela época, salvo melhor juízo, o pensamento filosófico ou jurídico-filosófico que influenciou o legislador certamente não era o mesmo que o teria influenciado na elaboração da Lei Federal no. 13.655/**2018**.

Neste ponto, é oportuno considerar que a Lei Federal no. 13.655/2018 foi editada após **76 anos** do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, e, portanto, não parece ser coerente pressupor que o pensamento jurídico filosófico não teria se alterado durante tanto tempo.

Sem fazer maiores digressões no campo jurídico-filosófico, da análise das disposições legais contidas na redação do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 é possível afirmar que aquele diploma legal teria sido editado sob a influência do positivismo jurídico. Isso porque, por exemplo, é possível depreender do artigo 4º do Decreto-Lei nº 4.657, de

4 de setembro de 1942¹ que o legislador pressupunha a completude do sistema jurídico positivado.

Por outro lado, o legislador da Lei Federal no. 13.655/2018, ao considerar, por exemplo, a possibilidade do magistrado decidir, motivadamente, com base em valores jurídicos abstratos², indica que, expressamente, teria abraçado o pós-positivismo jurídico que, entre outras características, reconhece a insuficiência do sistema jurídico positivado e, neste sentido, defende a abertura do ordenamento jurídico, aceitando que valores que permeiam o ordenamento jurídico tanto no momento da confecção da norma como durante sua aplicação possam influenciá-lo e ser uma fonte normativa.

Neste ponto, a situação trazida pela Lei Federal no. 13.655/2018 não é nova, tendo em vista que o artigo 1º da Lei Federal no. 13.105/2015 (CPC/2015) já autoriza o magistrado a utilizar-se dos valores contidos na Constituição Federal:

“Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.”

Aliás, é facilmente perceptível que o pensamento jurídico-filosófico vem se alterando sensivelmente com o tempo, não apenas no âmbito da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), mas no Direito Público como um todo, ao cotejar-se, por exemplo, a redação do artigo 4º do Decreto-Lei nº 4.657/1942 com o “caput” do artigo 140 da Lei Federal no. 13.105/2015 (CPC 2015):

Decreto-Lei nº 4.657/1942	Lei Federal no. 13.105/2015
Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.	Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.

Outro bom exemplo dessa mudança está no inciso I do § único do artigo 2º da Lei Federal no. 9.784/99:

“Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

1. “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”
2. Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

I - atuação conforme a lei e o **Direito;**”

Assim, diante dessa alteração ou opção legislativa pela adoção do pensamento jurídico do pós-positivismo, - muitas vezes sem abandonar o positivismo jurídico - não restam dúvidas de que, a tensão entre esses pensamentos, certamente, será a razão e o um campo fértil de diversas controvérsias que surgirão com a interpretação e aplicação da Lei Federal no. 13.655/2018.

Não por outro motivo, a segunda questão está relacionada a primeira, qual seja, aquela resultante da própria inclusão das novas disposições trazidas pela Lei Federal no. 13.655/2018 ao corpo do texto da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

À primeira vista verifica-se que os novos artigos 20 a 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), em suma, tratam de disciplinar as diversas espécies de decisões que podem ser proferidas nas esferas administrativa, controladora ou judicial, além de seus requisitos e respectivos procedimentos para a sua tomada.

A par desse assunto, o legislador também, dispôs sobre:

- a) interpretação das normas sobre gestão pública (“caput” do artigo 22);
- b) compromisso negociado (artigo 26);
- c) compromisso processual (§2º do artigo 27);
- d) responsabilidade pessoal do agente público (artigo 28);
- e) poder normativo das autoridades administrativas e a segurança jurídica (artigos 29 e 30).

Diante disso, poderia se questionar se, realmente, as disposições trazidas pela Lei Federal no. 13.655/2018 seriam normas que disciplinariam a emissão, interpretação e aplicação de outras normas jurídicas, ou seja, se seriam verdadeiramente uma *lex legum*?

À luz do positivismo jurídico, a resposta seria negativa. Isso porque, àquele tempo não se poderia considerar que uma decisão, em especial a judicial, pudesse ser tratada como uma norma jurídica. Vale lembrar que, este pensamento considerava que o magistrado seria apenas a “boca da lei”, devendo aquele apenas fazer um juízo de subsunção do fato à lei.

No entanto, para o pós-positivismo, uma decisão judicial pode ser considerada uma norma jurídica, já que produzida por meio de um processo judicial e por meio dela se regula individualmente o caso concreto.

Neste sentido, não deveria causar estranheza que o legislador tivesse optado por fazer inserir a Lei Federal no. 13.655/2018 ao corpo do texto da

Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) a fim de que o operador do Direito tratasse os novos artigos 20 a 30 como uma *lex legum*, agora, também, no sentido material.

Quanto aos demais assuntos trazidos pela Lei Federal no. 13.655/2018, conforme se verificará neste artigo, salvo melhor juízo, também seriam instrumentos que disciplinam a emissão, interpretação e aplicação de outras normas jurídicas.

A terceira questão imediata criada com a inserção da Lei Federal no. 13.655/2018 na *lex legum*, está relacionada com o direito intertemporal, mas especificadamente, ante a disciplina contida no artigo 24 da LINDB.

Com efeito, salvo melhor juízo, a Lei Federal no. 13.655/2018 trouxe outra regra de direito intertemporal no artigo 24 da LINDB, aparentemente, no sentido de conferir maior segurança jurídica. Assim, neste dispositivo, o legislador salvaguardou as “situações plenamente constituídas” com base em orientações gerais vigentes à época frente as alterações posteriores em “orientações gerais”.

Ou seja, além do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada tem-se agora a hipótese da situação plenamente constituída. Esta hipótese, salvo melhor juízo, já era contemplada, ainda que de forma parcial, no inciso XII do § único do artigo 2º da Lei Federal no. 9.784/99:

“XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, **vedada aplicação retroativa de nova interpretação.**”

Assim, o que o artigo 24 da LINDB fez foi ampliar o espectro de proteção da “irretroatividade normativa” para além do processo administrativo federal. Esclarece-se que, utiliza-se a nomenclatura “irretroatividade normativa” neste artigo em razão do próprio conceito legal de “orientações gerais” trazido pelo § único do artigo 24 da LINDB.

Acontece-se que, como é sabido, a Lei Federal no. 13.105/2015 (CPC/2015) trouxe uma hipótese de cabimento da ação rescisória contra decisão judicial transitada em julgada “fundada em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundada em aplicação ou **interpretação da lei ou do ato normativo** tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.”

Ou seja, estaria existindo uma aparente antinomia entre o artigo 24 da LINDB e o § 15º do artigo 525 ou §5º do artigo 535, ambos do CPC/2015, aonde aquele estaria assegurando a segurança jurídica de

“situações plenamente constituídas” com base em interpretações ou jurisprudências judiciais vigentes à época da constituição da situação enquanto estes estariam permitindo a propositura de ação rescisória, com fundamento em interpretação dita por incompatível com a Constituição Federal, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, após o trânsito em julgado da decisão judicial rescindenda.

Talvez, a melhor solução para a aparente antinomia, seja no sentido de que o artigo 24 da LINDB, por ser uma norma geral e tratar-se de uma da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) não teria revogado o § 15º do artigo 525 ou §5º do artigo 535, ambos do CPC/2015, que seriam normas processuais e específica de cabimento da ação rescisória.

Ademais, não parece ser coerente pretender sustentar a validade de um ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, cuja lei no qual se funda, foi declarada inconstitucional ou teve a sua interpretação dita por inconstitucional, sob pena de subverter a hierarquia normativa proposta por Hans Kelsen, além de limitar a própria competência constitucional do Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição Federal (CRFB/88).

Diante de todo o exposto, parece ser razoável entender que o artigo 24 da LINDB, por tratar de regra de direito intertemporal, juntando-se aos artigos 2º e 6º da LINDB, não pode e nem deve ser tratado como regra de conduta, mas sim como regra de hermenêutica.

Por todo o exposto até aqui, espera-se ter destacado algumas questões, que gerarão imediatamente discussões intensas, apenas com a edição e introdução da Lei Federal no. 13.655/2018 à LINDB. Depreende-se que não será tarefa fácil da doutrina e da jurisprudência desvendar e resolver as diversas questões trazidas pela Lei em comento e seus reflexos na legislação brasileira, a despeito de muitas delas, salvo melhor juízo, espelharem as alterações jurídico-filosóficas por que passa o Direito Brasileiro.

Focando-se no aspecto mais pragmático, em razão do espaço que permite este artigo, passa-se a tecer breves comentários aos novos dispositivos inseridos pela Lei Federal no. 13.655/2018 à LINDB.

2 O ARTIGO 20 DA LINDB – CONSEQUENCIALISMO PRAGMÁTICO

A situação disciplinada neste artigo não é nova. Conforme dito anteriormente, o o artigo 1º da Lei Federal no. 13.105/2015 (CPC/2015) já autorizava o magistrado a utilizar-se dos valores contidos na Constituição

Federal. Outrossim, os Tribunais Superiores já têm decidido com base em valores jurídicos abstratos, tais como a dignidade da pessoa humana (ADPF no. 54 e RE no. 592581/RS) e a moralidade (ADC no. 29, 30 e 4578)

No entanto, talvez a novidade trazida pelo artigo 20 da LINDB foi prescrever sobre a obrigatoriedade de que as decisões, quando tomadas com fundamento em valores jurídicos abstratos, **devam considerar as suas consequências práticas** e, caso sejam impostas medidas que **fossem consideradas a necessidade e a adequação, inclusive, perante as demais alternativas existentes**. Ou seja, sabiamente, o legislador acabou **limitou a criatividade do julgador** impondo a realização de um juízo pragmático sobre as consequências da decisão e das medidas impostas, inclusive, sobre o aspecto da proporcionalidade.

Salvo melhor juízo, assim como a demonstração da necessidade e adequação das medidas tomadas, as consequências práticas também deverão fazer parte da fundamentação das decisões, não apenas para embasar a adoção do valor jurídico abstrato como razão de decidir mas também para delimitar o alcance dos efeitos daquele valor no caso concreto.

A adoção desse detalhamento na fundamentação ou motivação de qualquer decisão certamente contribuirá para que as pessoas atingidas pelo ato decisório tenham o exato e correto conhecimento sobre os seus efeitos concretos e sua amplitude de molde a se convencerem sobre o acerto ou desacerto da decisão. Neste sentido, o artigo 20 da LINDB veio reforçar a garantia constitucional do devido processo legal, preconizado pelo inciso LIV do artigo 5º da Constituição da República (CRFB/88), na medida em que, se observado, resultará em maior segurança jurídica.

Com efeito, em razão do nível de abstração e generalidade que um valor jurídico possui, mormente em comparação com uma regra jurídica, entende-se ser necessário que se demonstre, não apenas as razões para a sua utilização e adequação ao caso concreto – especialmente quando aplicado de forma isolada – mas também a delimitação dos seus efeitos práticos, tendo em vista a sua natureza universal.

Disciplina semelhante é encontrada atualmente, nos incisos II e III do §1º do artigo 489 da Lei Federal nº. 13.105/2015 (CPC/2015).

Ou seja, o artigo 20 da LINDB trouxe novos requisitos que deverão constar na motivação/fundamentação das decisões (judiciais, administrativas e controladoras), mormente, quando embasadas, exclusivamente, por valores jurídicos abstratos.

Com isso, salvo melhor juízo, esses requisitos do artigo 20 da LINDB tornaram ainda mais complexo o processo de tomada de decisão o que,

certamente, levará a uma desaceleração dos processos e procedimentos – mormente no período inicial de acomodação de aplicação do novel –, ou seja, em contraposição a esperada celeridade e duração razoável do processo.

O equilíbrio entre a novel complexidade decisória imposta pela Lei Federal no. 13.655/2018 e a celeridade e a duração razoável do processo talvez seja resolvida pela jurisprudência defensiva criada pelo STJ no tocante a “fundamentação suficiente” que, mesmo após a edição do CPC/2015 permanece inalterada.

Críticas à parte quanto ao posicionamento adotado pelo STJ, é certo afirmar que o artigo 20 da LINDB, bem como o artigo 21, reforçarão ainda mais a discussão sobre a necessidade de se adotar ou não uma “fundamentação exauriente” nas decisões.

Isso porque, ao que parece, a ideia do legislador foi, não apenas trazer maior segurança jurídica para as decisões fundadas em valores jurídicos abstratos mas também conferir maior efetividade concreta a fim de se evitar que fiquem apenas no papel ou sejam impossíveis de serem realizadas no mundo real, por qualquer motivo.

Atualmente, já há notícia da aplicação do artigo 20 da LINDB em processo judicial o que, conforme dito, levará a uma nova rediscussão sobre a “fundamentação suficiente”.

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), nos julgamentos do EDcl no REsp. nº 1.648.305/RS e EDcl no REsp. no. 1720805 / RJ, afastou a alegação de omissão suscitada pela embargante, pela circunstância de não se ter examinadas as consequências práticas nas decisões embargadas.

Ou seja, ao que parece a prática forense demonstrará que o “caput” do artigo 20 poderá ser utilizado como fundamento jurídico, em sede de recurso de embargos de declaração, para apontar a omissão do julgado, em especial, quando embasado exclusivamente em valores jurídicos abstratos. E, nesse passo, provavelmente, a doutrina e a jurisprudência, também, irão discutir sobre a taxatividade ou não do rol do §1º do artigo 489 da Lei Federal no. 13.105/2015 (CPC/2015).

No âmbito do Direito Administrativo, vale anotar, que o artigo 50 da Lei Federal no. 9.784/99, não previu as circunstâncias tratadas pelo artigo 20 e seu parágrafo único da LINDB. Entretanto, o “caput” do artigo 2º, o legislador dispôs que a Administração Pública deverá observar os “princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência” e no inciso I do § único do artigo 2º previu a observância não apenas da Lei, mas também do **Direito**.

Ou seja, salvo melhor juízo, acaso o Administrador Público venha a decidir com base em princípio ou com base no Direito, também deverá observar o que prescreve o artigo 20 da LINDB. Isso porque, não é novidade que, para alguns doutrinadores, valores e princípios seriam a mesma coisa. Além disso, parece ser correto afirmar que os valores jurídicos abstratos estariam ou pertenceriam ao **Direito**.

Retornando a questão da motivação das decisões, salvo melhor juízo, parece que o legislador teria adotado a teoria da transcendência dos motivos determinantes, inclusive, no âmbito judicial. Isso porque, exigiu que a motivação/fundamentação das medidas tomadas explicitassem a necessidade e adequação perante os motivos fáticos e jurídicos do caso e as demais alternativas existentes.

Ou seja, a administração pública, a controladoria e o magistrado não poderão adotar medidas diversas, quando restar provado que os casos são idênticos ou semelhantes, sob pena de criar insegurança jurídica – lembre-se do brocardo *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio* (onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de direito) -, algo expressamente indesejado pelo legislador, nos termos do “caput” do artigo 30 da LINDB.

Neste ponto, vale lembrar que o Supremo Tribunal Federal (STF) tem adotado a teoria restritiva da teoria em comento, conforme noticiado no Informativo 808 (STF. Plenário. Rcl 8168/SC, rel. orig. Min. Ellen Gracie, red. p/ o acórdão Min. Edson Fachin, julgado em 19/11/2015) e, neste sentido, espera-se que o artigo 20 da LINDB leve a uma reanálise pelo STF a respeito da teoria da transcendência dos motivos determinantes.

Quanto ao parágrafo único do artigo 20 da LINDB, além de expressar o princípio da proporcionalidade, verifica-se que o legislador acolheu o princípio *pas de nullité sans grief* (não há nulidade sem prejuízo), ao prever a necessidade de se analisar as demais alternativas existentes na tomada de decisão sobre a invalidade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa.

Vale lembrar que o artigo 55 da Lei Federal no. 9.784/99 **já continha a previsão do princípio** *pas de nullité sans grief* no âmbito do processo administrativo federal. Neste sentido, o § único do artigo 20 da LINDB parece apenas afastar qualquer dúvida sobre a aplicação geral e irrestrita daquele princípio no âmbito do Direito Público.

Importa considerar que recentemente, o STF, em sede de julgamento de recurso com repercussão geral, consolidou o entendimento sobre a necessidade de observância do contraditório e da ampla defesa quando os atos administrativos já tiverem repercutido concretamente:

“Ao Estado é facultada a revogação de atos que repute ilegalmente praticados; porém, se de tais atos já tiverem decorrido efeitos concretos, seu desfazimento deve ser precedido de regular processo administrativo.” (**Tese definida no RE no. 594.296, rel. Min. Dias Toffoli, j. 21-9-2011, DJE 146 de 13-2-2012, Tema 138.**)

Por outro lado, encontra-se em discussão no STF, com reconhecimento de repercussão geral, no *leading case* RE 817338, no qual se discute sobre a possibilidade de anulação de ato administrativo inconstitucional, pela Administração Pública, após o escoamento do prazo decadencial:

“a) Possibilidade de um ato administrativo, caso evidenciada a violação direta ao texto constitucional, ser anulado pela Administração Pública quando decorrido o prazo decadencial previsto na Lei no. 9.784/1999.”

Por fim, uma questão que poderá vir à tona e deverá ser resolvida pela doutrina e pela Jurisprudência será sobre a aplicabilidade do artigo em comento em toda e qualquer decisão ou apenas em decisões com ou sem conteúdo meritório.

3 O ARTIGO 21 DA LINDB - CONSEQUENCIALISMO JURÍDICO E ADMINISTRATIVO

Na sequência do artigo 20, o artigo 21 trata do consequencialismo, mas sob outra perspectiva. Isso porque, neste último artigo o objeto da decisão é a invalidação. Ou seja, ao contrário do artigo 20 que tratou da decisão no plano da eficácia, o artigo 21 tratou da decisão no plano da validade, no entanto, sem descurar das consequências práticas, conforme se depreende do seu parágrafo único.

Assim, aliado ao que foi tratado no artigo 20, o artigo 21 também cuidou das questões atinentes à motivação, à proporcionalidade e do princípio *pas de nullité sans grief*. Ou seja, salvo melhor juízo, tudo o que foi dito naquele artigo, também se aplicaria ao artigo 21, atentando-se apenas à especialidade da matéria, qual seja, a invalidade.

Antes do artigo 21 da LINDB, o que se tinha, de um modo genérico, era a invalidação, a convalidação e a revogação, todos fundados no poder de autotutela da Administração Pública, sendo que no último caso, utilizava-se o critério/motivo da conveniência e da oportunidade.

Com o artigo 21 da LINDB, a possibilidade de regularização, exigiu que na motivação da decisão de convalidação fossem indicadas:

a) as condições da regularização;

- b) a proporcionalidade, equanimidade e a ausência de prejuízo aos interesses gerais;
- c) proibição de imposição aos sujeitos atingidos de ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

Ou seja, salvo melhor juízo, os critérios/motivos de conveniência e oportunidade, já reconhecidos pela Doutrina e pela Jurisprudência (súmulas 39, 346, 473 do STF e súmula vinculante nº. 3) foram enriquecidos com os novos requisitos.

Com isso, é possível afirmar que o controle judicial, especialmente, nos casos de convalidação dos atos administrativos, ganhou novos contornos/critérios mais objetivos. Isso porque, não há dúvidas de que a discricionariedade da Administração Pública foi estreitada com os novos requisitos e, por via de consequência, o mérito administrativo.

Neste ponto, é interessante considerar que, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) alterou seu entendimento sobre a aplicação do princípio do paralelismo das formas, ao permitir que ocorra a suspensão ou cancelamento administrativo de benefício previdenciário concedido judicialmente.

“PREVIDENCIÁRIO. CANCELAMENTO OU SUSPENSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO UNILATERALMENTE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO PARALELISMO DAS FORMAS. DESNECESSIDADE. EXIGÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL POR MEIO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. 1. Cinge-se a controvérsia dos autos a obrigatoriedade da aplicação do princípio do paralelismo das formas nos casos de suspensão ou cancelamento de benefício previdenciário. 2. O Tribunal de origem manifestou-se sobre a possibilidade de a Autarquia suspender/cancelar o benefício previdenciário, porém, deve obedecer os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, bem como a observância do princípio do paralelismo das formas. 3. É inaplicável o princípio do paralelismo das formas por três motivos: 1) a legislação previdenciária, que é muito prolixa, não determina esta exigência, não podendo o Poder Judiciário exigir ou criar obstáculos à autarquia, não previstos em lei; 2) foge da razoabilidade e proporcionalidade, uma vez que através do processo administrativo previdenciário, respeitando o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, é suficiente para apurar a veracidade ou não dos argumentos para a suspensão/cancelamento do

benefício, e não impede uma posterior revisão judicial; 3) a grande maioria dos benefícios sociais concedidos pela LOAS - Lei Orgânica da Assistência Social - Lei n. 8.742/93, são deferidos por meio de decisão judicial, o que acarretaria excessiva demanda judicial, afetando por demasia o Poder Judiciário, bem como, a Procuradoria jurídica da autarquia, além da necessidade de defesa técnica, contratada pelo cidadão, sempre que houvesse motivos para a revisão do benefício. 4. O que a jurisprudência desta Corte exige não é a aplicação do princípio do paralelismo das formas, é a concessão do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sempre que houver necessidade de revisão do benefício previdenciário, por meio do processo administrativo previdenciário, impedindo com isso, o cancelamento unilateral por parte da autarquia, sem oportunizar apresentação de provas que entenderem necessárias. 5. Conforme bem ressaltou o Tribunal de origem, o recorrente cancelou unilateralmente o benefício previdenciário, o que vai de encontro à jurisprudência desta Corte e do STF. Recurso especial improvido. (RE nº 1.429.976 – CE. Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, STJ, data de julgamento: 18/.02.2014)

Ou seja, à luz da jurisprudência citada, pode-se cogitar da ocorrência de um caso em que, embora a Justiça tenha declarada a invalidade de um ato administrativo, a Administração Pública possa também, regularizar o ato declarado inválido atendendo as condições impostas pelo artigo 21 da LINDB ou mesmo o Poder Judiciário, em vez de invalidar um ato administrativo, obter por regularizar ou ordenar a sua regularização, utilizando-se como parâmetro o citado artigo.

Novamente, neste dispositivo legal, parece ter o legislador privilegiado a segurança jurídica em detrimento da invalidade e seus efeitos. E, da mesma forma que o artigo anterior, por disciplinar a decisão, dispôs expressamente sobre a necessidade de motivação, tanto para decretar-se a invalidação quanto para a regularização.

Por fim, vale lembrar que, o artigo 64 da Lei Federal no. 9.784/99 previu a possibilidade da decisão em sede recursal trazer algum prejuízo ao interessado e, neste sentido, previu a necessidade de um contraditório prévio. Ou seja, independentemente da circunstância de que os ônus ou perdas sejam anormais ou excessivos, aquele contraditório deverá ser observado.

4 O ARTIGO 22 DA LINDB

As questões trazidas por este artigo possuem intrínseca relação com a Lei Federal no. 4.320/1964 e a Lei Complementar Federal no. 101/2000 bem como com a Lei Federal no. 8.429/1999 e o ativismo judicial.

Isso porque, em suma, ela exige que se contextualize diversos fatores no momento da interpretação e aplicação das normas relacionadas à gestão pública bem como que considere aqueles mesmos fatores, no momento da avaliação dos atos praticados pelo agente público e, se for o caso, na aplicação das penalidades cabíveis.

Neste sentido, não bastará que se apure, isoladamente, eventual descumprimento das normas legais relacionadas à gestão pública, a fim de imputar a respectiva responsabilidade ao agente público ou político. Será necessário perquirir e provar se fatores externos ao ato perpetrado ou outras condições teriam contribuído ou influenciado naquele caso em questão e que em medida.

Com isso não se quer afirmar que o artigo 22 da LINDB teria mitigado a responsabilidade dos agentes públicos ou políticos. Pelo contrário, as circunstâncias relevantes que conduziram a uma determinada decisão política ou administrativa na condução da gestão pública deverão ser expressamente consideradas e manifestadas na decisão política ou administrativa de molde a justificá-la. Ou seja, aparentemente, passou o legislador indiretamente a exigir uma motivação do agente público ou político para a tomada de decisões relacionadas à gestão pública.

Dessa forma, o artigo em comento trouxe uma maior transparência para as decisões políticas ou administrativas o que, invariavelmente, poderá levar a um melhor controle social sobre as políticas públicas e sua efetividade.

Por outro lado, salvo melhor juízo, não pode afirmar que a discricionariedade do agente público ou político quanto a gestão pública teria sido eliminada. Com efeito, dentre as variadas possibilidades que as circunstâncias e condições mostrarem-se presentes, caberá ao agente público ou político escolher dentre elas a que melhor atenda aos interesses públicos.

De outra parte, o artigo 22 da LINDB conferiu um amparo legal e normativo para a teoria da reserva do possível bem como circunscreveu seus limites e meios probatórios para a sua aplicação concreta.

Com efeito, é sabido que a teoria em comento é bastante utilizada pelo Poder Público como meio para desvencilhar-se dos deveres sociais prestacionais. No entanto, o Poder Judiciário tem reiteradamente rechaçado

a sua aplicação, mormente quando direitos fundamentais do cidadão, assegurados constitucionalmente, são lesionados (STA 223 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, j. 14-4-2008, P, DJE de 9-4-2014).

Diante desse novo dispositivo legal, espera-se que, ocorra uma nova discussão a respeito da aplicação da teoria da reserva do possível, mormente quando presentes as condições exigidas pelo dispositivo em comento.

Quanto aos parágrafos do artigo 22 da LINDB, o que se verifica é que o legislador trouxe diversas circunstâncias, agora legais, que deverão ser observadas na avaliação sobre a regularidade dos atos e na aplicação das respectivas sanções.

Neste sentido, esses parágrafos trouxeram elementos para auxiliar e contribuir com a proporcionalidade no julgamento de casos concretos que envolvam a gestão pública.

Vale lembrar que, a Lei Federal no. 8.429/1999, ao elencar as diversas hipóteses de atos de improbidade, não exigiu que fossem considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor; as exigências das políticas públicas a seu cargo ou as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

Tão pouco a citada Lei, não previu, ao menos expressamente, que na dosimetria das penalidades fossem consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida; os danos que dela provierem para a administração pública; as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente; demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

Com efeito, o parágrafo único do artigo 12 da Lei Federal no. 8.429/99 previu apenas que:

“Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.”

Diante disso, muita discussão será travada sobre a aplicação ou não do artigo 22 da LINDB no âmbito da improbidade administrativa.

5 O ARTIGO 23 DA LINDB

Na esteira do desejo do legislador, no sentido de conferir maior segurança jurídica e eficiência no âmbito do Direito Público, o artigo 23 da LINDB impôs um regime de transição sempre que ocorrer uma alteração de interpretação ou orientação que imponha um novo dever ou novo condicionamento de direito.

Este regime de transição, além de permitir um período para conhecimento e adaptação, deverá propiciar que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Ou seja, será necessário criar regras jurídicas temporárias que disciplinarão os fatos e atos atingidos pela decisão administrativa, controladora ou judicial.

O assunto não é novo, mormente, no âmbito do Poder Judiciário. Com efeito, por força da Lei Federal no. 9.868/1999, o artigo 27 já permitia ao Supremo Tribunal Federal (STF) modular os efeitos das decisões proferidas nas ações de controle concentrado de constitucionalidade. No mesmo sentido, a Lei Federal no. 9.882/1999, no artigo 11, no caso da argüição de descumprimento de preceito fundamental.

Mais recentemente, a Lei Federal no. 13.105/2015 que instituiu o novo Código de Processo Civil, também previu a possibilidade de modulação no § 13º do artigo 525; §6º do artigo 535 e § 3º e § 4º, ambos do artigo 927.

Importante destacar que, mesmo sem a expressa previsão sobre o regime de transição, o Supremo Tribunal Federal já disciplinava um regime quando modulava os efeitos das decisões em controle de constitucionalidade, conforme é possível extrair, por exemplo, dos julgados em torno das matérias tratadas nas ADI's 4.357 e 4.425.

Neste sentido, também está o julgamento do REsp no. 1.495.146/MG, em sede de recurso repetitivo, pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ).

No entanto, acredita-se que a contribuição que o artigo 23 da LINDB trouxe para os operadores do Direito foi o fundamento legal para poder ser discutido o regime de transição no tocante aos aspectos da proporcionalidade, equanimidade, eficiência e prejuízo.

Alias, já se tem notícia da aplicação do artigo 23 pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no julgamento em sede de julgamento de casos repetitivos sobre o rol do artigo do artigo 1.015 do CPC, Recurso Especial nº 1.704.520/MT, ao modular os efeitos de sua decisão.

Neste sentido, afirmou que a tese jurídica fixada - “rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação” - **somente se aplicaria às decisões interlocutórias proferidas após a publicação do acórdão, o que teria ocorrido em 19.12.2018.**

Ainda, nos julgamentos do EDcl no Recurso Especial nº 1.630.889/DF e EDcl no Recurso Especial no. 1.630.659/DF, discutiu-se se era ou não necessária “a modulação dos efeitos da condenação contida no acórdão embargado e a adoção de regime de transição para que a embargante se adeque ao comando contido em seu dispositivo”.

Para tanto, entre outros fundamentos, a relatora Ministra Nancy Andrighi afirmou que é “com fundamento na confiança legítima e no interesse social que os arts. 927, § 3º, do CPC/15 e 23 da LINDB preveem a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão ou a previsão de regime de transição para o cumprimento da nova tese jurídica.” Asseverou, também, que a disposição do art. 23 da LINDB teria íntima conexão com o princípio da menor onerosidade, previsto no § único do artigo 21 da LINDB. Isso porque, a imposição da necessidade de previsão de um regime de transição preservaria que a nova orientação, dever ou condicionamento de direito fosse cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo dos interesses sociais.

Assim, nos julgamentos em comento, o STJ afastou a necessidade de modulação dos efeitos e estipulação de um regime de transição, por não existir jurisprudência consolidada a respeito e pelo fato da medida imposta não gerar ônus ou perdas anormais ou excessivos exigidos.

6 O ARTIGO 24 DA LINDB

Também visando a segurança jurídica e eficiência, este artigo trata do ato jurídico perfeito, do direito adquirido, da coisa julgada e da **irretroatividade normativa** no âmbito do Direito Público.

Assim, considerando-se que a Lei Federal no. 13.655/2018 seria uma *lex legum* e disciplinou, entre outros assuntos, as diversas espécies de decisões que podem ser tomadas nas esferas administrativa, controladora ou judicial, parece ser coerente a preocupação do legislador com as alterações das “orientações gerais” no curso do tempo.

Neste ponto, vale lembrar que, salvo melhor juízo estaria superada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) segunda a qual:

“O que regula os proventos da inatividade é a lei (e não sua interpretação) vigente ao tempo em que o servidor preencheu os requisitos para a respectiva aposentadoria (Súmula 359/STF). Somente a lei pode conceder vantagens a servidores públicos. **Inexiste direito adquirido com fundamento em antiga e superada interpretação da lei.**” (MS 26.196, Rel. Min. Ayres Britto, j. 18-11-2010, P, DJE de 1º-2-2011.)

É oportuno anotar que, o § 15º do artigo 525 do CPC/2015 prevê a possibilidade de utilização da ação rescisória, também, para desconstituir decisão judicial transitada em julgada que reconheça obrigação fundada “em **aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo** tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.”

Ou seja, a segurança jurídica pretensamente prevista no artigo em comento **não é absoluta**.

Vale lembrar que, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) já assentou o entendimento de que o **prazo decadencial** para a Administração Pública rever os seus atos é de 5 (cinco) anos, conforme julgado AgRg no AREsp 263635 / RS, de relatoria do Min. HERMAN BENJAMIN:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. PAGAMENTO DE HORAS EXTRAS. REVISÃO DE ATO ADMINISTRATIVO. DECADÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. APLICABILIDADE DO ART. 54 DA LEI 9.784/1999 POR ANALOGIA. POSSIBILIDADE.

1. O Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que mesmo os atos administrativos praticados anteriormente ao advento da Lei Federal 9.784, de 1º.2.1999, estão sujeitos ao prazo de decadência quinquenal contado da sua entrada em vigor. A partir de sua vigência, **o prazo decadencial para a Administração rever seus atos é de cinco anos**, nos termos do art. 54.

(...)

3. Ademais, ao contrário da tese defendida pelo agravante, a jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que **a Lei 9.784/1999 pode ser aplicada de forma subsidiária no âmbito dos demais Estados-Membros e Municípios**, se ausente lei própria que regule o processo administrativo local, como ocorre na espécie.” (grifos e negritos nossos).

Em sendo assim, durante o prazo decadencial, parece ser correto afirmar subsistir a possibilidade do exercício do direito revisional por parte da Administração Pública.

Ademais, acaso ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa tenha sido praticado em afronta à lei, será possível promover a ação declaratória de nulidade ou invalidação que são imprescritíveis. E, para aqueles que diferenciam, no âmbito do Direito Administrativo, a nulidade entre relativa e absoluta, o prazo de prescrição se for anulável seria de 5 (cinco) anos, nos termos do artigo 54 da Lei Federal no. 9.784/99.

Ou seja, não parece ser correto dizer o artigo 24 da LINDB teria conferido proteção para a prática ilegal de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativas, perpetrados sob fundamento de “orientações gerais” com aparência de legalidade.

Por fim, vale lembrar que será possível o uso da ação popular, instituída pela Lei Federal no. 4.717/1965, também, no prazo de 5 (cinco) anos, a fim de pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público, assim, como o manejo da ação civil pública de improbidade, nos termos preconizados pela Lei Federal no. 8.429/1992.

7 O ARTIGO 26 DA LINDB

Lembrando-se que o artigo 25 foi vetado, o artigo 26 da LINDB trouxe a possibilidade da autoridade administrativa celebrar um compromisso negociado com os interessados, a fim de eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público.

Inicialmente é relevante deixar claro que, a autoridade administrativa deverá estar previamente autorizada por lei para celebrar compromisso dessa espécie ou, no mínimo, ter a atribuição legal de celebrar negócios jurídicos de uma forma geral.

Importante destacar também que, a decisão pela celebração do compromisso deverá ser previamente motivada pela autoridade administrativa, nos termos dos artigos 20 e 21 da LINDB e, neste sentido, demonstrar a vantajosidade para o interesse público **primário**.

Uma das grandes discussões que serão travadas na aplicação prática deste artigo será sobre objeto desse compromisso. Aparentemente, o legislador, se antecipando a esta discussão teria delimitado o objeto ao dispor que a celebração do compromisso observará a “legislação aplicável”.

Neste sentido, já há notícia sobre o afastamento aplicação do artigo em comento, pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no julgamento do AgInt no Recurso Especial no. 1.654.462/MT.

Na ocasião a Corte Especial, afastou a aplicação do artigo 26, quando a irregularidade seja caracterizadora de ato de improbidade administrativa. Isso porque, o artigo 17, § 1º, da Lei Federal no. 8.429/1992 expressamente veda a possibilidade de transação, acordo ou conciliação.

Ademais, entendeu que o artigo 17, § 1º, da Lei Federal no. 8.429/1992 seria uma norma especial e, neste sentido, à luz do princípio da especialidade prevaleceria em face do artigo 26, consoante preconizado no § 2º, do artigo 2º, da LINDB.

A despeito do entendimento jurisprudencial acima, é certo dizer que ainda muito será discutido a respeito desse assunto e de outras questões que envolvem o tema.

Por fim, vale anotar que, antes da celebração foi prevista a necessidade de que a minuta desse compromisso seja analisada pelo órgão jurídico respectivo. Entende-se que, caberá a este órgão, não apenas analisar a minuta mas também a decisão motivada da autoridade administrativa que ensejou o compromisso.

A referida análise deverá ser realizada, não apenas sob o ponto de vista da legalidade, mas também, de acordo com os novos parâmetros trazidos pelos artigos 20 e 21 da LINDB.

No tocante à consulta pública, prevista neste artigo, por ter aparentemente deixada a sua realização sob o poder discricionário da Administração Pública, entende-se que seria recomendável a sua realização nas hipóteses em que o objeto do compromisso tratasse de um interesse ou direito indisponível e/ou transindividual e as consequências práticas e jurídicas ultrapassassem os limites subjetivos daqueles que firmariam o compromisso.

À semelhança do que já ocorre quando se trata de referendo ou plebiscito, esperam-se diversas discussões sobre o objeto dessa consulta pública. Ou seja, se esta consulta pública será tão somente para obter-se a aprovação da decisão sobre a celebração do compromisso e sua respectiva minuta ou se será instaurado um procedimento dialético de discussão e construção da decisão pelo compromisso e do conteúdo sobre o compromisso a ser firmado.

Vale lembrar que a consulta pública é um meio de acesso as informações públicas que está atualmente normatizado no inciso II do artigo 9º da Lei Federal no. 12.527/2011.

Outra questão que merecerá destaque, na doutrina e na jurisprudência será no tocante a natureza jurídica desse compromisso. Com efeito, ao contrário do que já prevê o § 6º do artigo 5º da Lei Federal no. 7.347/1985, o legislador não conferiu expressamente ao compromisso previsto no artigo 26 da LINDB a força de título executivo extrajudicial.

Vale considerar que, o inciso XII do artigo 784 do CPC/2015 somente reconhece a força executiva de um título quando a respectiva lei expressamente dispõe neste sentido. Em sendo assim, salvo melhor juízo, parece que o compromisso previsto no artigo 26 da LINDB não teria força executiva haja vista a ausência dessa previsão legal.

No entanto, haverá quem defenderá que o compromisso se enquadraria ou na hipótese do inciso II ou na hipótese prevista no inciso IV, ambos do artigo 784 do CPC/2015, a depender de seu conteúdo:

“Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais:

II - a escritura pública ou **outro documento público** assinado pelo devedor;

IV - o **instrumento de transação referendado** pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, **pela Advocacia Pública**, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal;”

A despeito do compromisso ser firmado por uma autoridade administrativa, cujo objeto estará relacionado a um interesse público, atributos que poderiam classificá-lo como documento público, entende-se que, salvo entendimento em contrário, o melhor enquadramento seria de um instrumento de transação referendado pela Advocacia Pública, tendo em vista que por força do inciso IV do §1º do artigo 26 da LINDB o compromisso “**deverá prever com clareza as obrigações das partes**”.

Seja como for, não se poderá perder de vista que o compromisso previsto no artigo 26 da LINDB tem como objetivo estabelecer uma solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais.

Também, muito ainda se discutirá sobre a relação entre este novo dispositivo legal e a Lei Federal no. 9.307/96 que, pela redação dada pela Lei Federal no. 13.129/2015, passou a admitir a utilização da arbitragem pela Administração Pública Direita e Indireta.

Vale lembrar, por fim que, as Leis Federais nos. 8.987/95, 9.478/97, 10.233/2001 e 11.079/2004 que regulamentam, respectivamente, o regime de concessão e permissões, a licitação e a contratação de parceria público-privada já previam a utilização da arbitragem pela Administração Pública.

8 O ARTIGO 27 DA LINDB

Retornando ao tema das decisões que podem ser tomadas nas esferas administrativa, controladora ou judicial, o artigo 27 da LINDB trata do instituto da compensação, como objeto daquelas decisões e do compromisso processual.

A leitura do “caput” do artigo 27 parece levar o intérprete a concluir que a decisão sobre a compensação poderá ser tomada *ex officio*, ou seja, independentemente de pedido expresso da parte, uma vez que permite ao

jugador impor a compensação, inclusive, na hipótese **do processo resultar em benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos.**

Talvez não por outro motivo, previu o legislador a instauração de um contraditório prévio antes de se definir pelo seu cabimento e forma. Neste sentido, este procedimento se equipararia com a previsão contida no artigo 10 do CPC/2015:

“Art. 10. **O juiz não pode decidir**, em grau algum de jurisdição, **com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.**”

Assim, no âmbito do processo civil, a aplicação do artigo 26 da LINDB poderia se dar, por exemplo, na hipótese de cumprimento provisório, já que neste caso, a reparação dos danos ao executado ocorre no mesmo processo, conforme dispõe o artigo 776 do CPC/2015 e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

“1. Como regra, ante a possibilidade de modificação do título judicial que ampara a **execução provisória**, ao credor é imposta a responsabilidade objetiva de reparar os eventuais prejuízos causados ao devedor, restituindo-se as partes ao estado anterior. Nessas hipóteses, a apuração dos **danos** sofridos pelo executado poderá ocorrer nos mesmos autos, mediante liquidação por arbitramento. Inteligência do art. 475-O, I e II, do CPC/1973.” (REsp 1576994 / SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, 3ª Turma, data do julgamento: 21.11.2017)

Tome-se, como exemplo da possível aplicação da compensação, o tema abaixo, muito frequente na jurisprudência:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. **VALORES RECEBIDOS POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL PRECÁRIA, POSTERIORMENTE CASSADA. RESTITUIÇÃO AO ERÁRIO. POSSIBILIDADE.** 1. Encontra-se consolidada nessa Corte a orientação concernente à obrigatoriedade de restituição ao erário nas hipóteses em que o pagamento dos valores pleiteados pela Administração Pública se deu por força de decisão judicial precária, não cabendo em tais casos a aplicação do entendimento de que o servidor encontrava-se de boa fé, posto que sabedor da fragilidade e provisoriedade da tutela concedida. Precedente: EREsp 1.335.962/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, DJe 2/8/2013. 2. Embargos de divergência providos.” (STJ. 1ª Seção. EAREsp no. 58.820-AL, Rel.

Min. Benedito Gonçalves, julgado: 08/10/2014)

Outra hipótese seria, no caso de negócio jurídico processual previsto no artigo 190 do CPC/2015, no qual as partes poderiam decidir sobre a compensação ou, como prevê o §2º do artigo 26 da LINDB “para prevenir ou regular a compensação”.

No entanto, a aplicação do artigo em comento sofrerá dificuldades no processo civil se for considerado, isoladamente, o princípio dispositivo previsto no artigo 2º do CPC, mormente se a interpretação do artigo 26 da LINDB for no sentido de que a compensação não seria matéria passível de aplicação *ex officio*.

Quanto a sua aplicação no processo administrativo, esta dificuldade não se apresenta, em especial, frente à Lei Federal no. 9.784/99. Isso porque, o próprio artigo 5º dessa Lei, permite que o processo respectivo inicie-se de ofício.

Se a pretensão do legislador foi evitar que benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos ocorreram, é interessante recordar que, a jurisprudência do Superior Tribunal Federal (STF) já decidiu que, a Administração Pública pode, em processo administrativo **suspender o pagamento da parcela questionada:**

“Os denominados “quintos” incorporados aos vencimentos de servidor podem ser suspensos, no curso de processo administrativo, com fundamento no poder cautelar da Administração (Lei 9.784/1999: Art. 45: Em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado). Essa a conclusão da 2ª Turma ao finalizar julgamento de recurso ordinário em mandado de segurança no qual se impugnava decisão do Conselho da Justiça Federal - CJF que, em processo administrativo, determinara o cancelamento de incorporação de quintos percebidos pela ora recorrente, bem assim ordenara, no exercício geral de cautela, a suspensão do pagamento da vantagem até a conclusão do feito administrativo. Na espécie, a impetrante possuía vínculo empregatício com a Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária - Embrapa, como advogada, no período de 27.1.1978 até 19.2.2000, quando assumira cargo efetivo de analista judiciário em Tribunal Regional Federal. O mencionado tribunal, ao aproveitar o tempo de serviço prestado, concedera à impetrante a incorporação de cinco quintos de função comissionada por ela exercida — v. Informativo 719. A Turma pontuou que, na espécie, não estaria em debate o processo administrativo, devidamente instaurado, ou o direito à ampla defesa, **mas a possibilidade**

de a Administração suspender a parcela questionada.

Asseverou que, por se tratar de quintos impugnados pelo TCU, a decisão da autoridade administrativa competente teria sido devidamente motivada e não teria comprometido as finanças da servidora. RMS 31973/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, 25.2.2014. (RMS-31973)” (informativo no. 737)

Ou seja, a opção pela compensação poderia ser utilizada quando não ocorresse a suspensão na fase inicial do processo administrativo.

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já decidiu que:

“ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. ART. 46, CAPUT, DA LEI N. 8.112/90 **VALORES RECEBIDOS INDEVIDAMENTE POR INTERPRETAÇÃO ERRÔNEA DE LEI. IMPOSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO.** BOA-FÉ DO ADMINISTRADO. RECURSO SUBMETIDO AO REGIME PREVISTO NO ARTIGO 543-C DO CPC. 1. **A discussão dos autos visa definir a possibilidade de devolução ao erário dos valores recebidos de boa-fé pelo servidor público, quando pagos indevidamente pela Administração Pública, em função de interpretação equivocada de lei.** 2. O art. 46, caput, da Lei n. 8.112/90 deve ser interpretado com alguns temperamentos, mormente em decorrência de princípios gerais do direito, como a boa-fé. 3. Com base nisso, quando a Administração Pública interpreta erroneamente uma lei, resultando em pagamento indevido ao servidor, cria-se uma falsa expectativa de que os valores recebidos são legais e definitivos, impedindo, assim, que ocorra desconto dos mesmos, ante a boa-fé do servidor público. 4. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido a regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ. 5. Recurso especial não provido. (STJ, 1ª Seção, REsp no. 1.244.182-PB, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado: 10/10/2012)

Por fim, é necessário considerar que, a aplicação do artigo 27 da LINDB deverá ser feito, em conjunto com todo o arcabouço normativo trazido pela Lei Federal no. 13.655/2018, em especial, seus artigos 20 e 21. Isso porque, o juízo no caso concreto do que serão “prejuízos anormais ou injustos” somente poderá ser feito, se levado em consideração, além da proporcionalidade, as consequências práticas, jurídicas e administrativas da decisão ou não pela compensação.

9 O ARTIGO 28 DA LINDB

O artigo 28 inserido pela Lei Federal no. 13.655/2018 à LINDB prevê a responsabilidade do agente público por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de **dolo ou erro grosseiro**. Por outro lado, é sabido, por exemplo, que o “caput” do artigo 122 da Lei Federal no. 8.112/90, que regula a responsabilidade pessoal do servidor público federal inclui **conduta culposa**.

Diante desse quadro de aparente antinomia, uma primeira corrente dirá que o “caput” do artigo 122 da Lei Federal no. 8.112/90 teria sido revogado, já o que o artigo 28, que lhe é posterior, teria regulado inteiramente a matéria relacionada a responsabilidade pessoal do agente público.

Uma outra corrente, dirá que o artigo 28 da LINDB é uma norma especial por regular especificamente a responsabilidade pessoal **das condutas decisórias dos agentes públicos**, razão pela qual, nessas hipóteses deve ser afastada a aplicação do “caput” do artigo 122 da Lei Federal no. 8.112/90 por tratar genericamente sobre a responsabilidade pessoal do agente público, não havendo que se falar, portanto, em revogação, ainda que parcial.

Outra corrente sustentará que, a depender do caso concreto e das circunstâncias fático-probatórias, se aplicará um ou outro dispositivo. Isso porque, ao considerar como fundamento jurídico a **moralidade administrativa**, não parecerá ser razoável, restringir a responsabilidade pessoal dos agentes públicos que detém em suas atribuições o poder decisório, apenas para às hipóteses de dolo ou erro grosseiro. Isso porque, frente aos demais agentes públicos que não detém aquele poder, a responsabilidade pessoal estaria mitigada, criando-se, portanto, uma diferenciação entre os agentes públicos. Neste sentido, a fim de evitar-se a desigualdade de tratamento, bem como a irresponsabilidade fora do âmbito decisório, parecerá ser adequado sustentar que, todos os agentes públicos federais estariam submetidos ao “caput” do artigo 122 da Lei Federal no. 8.112/90, devendo-se aplicar o artigo 28 da LINDB apenas nas hipóteses em que o agente público tome uma decisão ou proferir uma opinião técnica, não havendo que se falar em revogação.

Diante das três hipóteses de posicionamento, salvo melhor juízo, parece ser mais razoável considerar a terceira corrente. Isso porque, ao mesmo tempo em que não mitiga a responsabilidade pessoal do agente público, detentor de poder decisório, com relação a prática de outros atos,

o protege dos riscos advindos de sua culpa leve ou média, justificado pela maior responsabilidade das atribuições/competências que possui.

Essa ponderação feita pela última corrente teria amparo no “caput” do artigo 20 da LINDB que, tomado em sua natureza jurídica de *lex legum* permite que seja adotado um valor jurídico abstrato, desde que se considere os efeitos práticos, jurídicos e administrativos.

Perceba que, não se afastou a responsabilização culposa do agente público, detentor de poder decisório ou opinativo. Simplesmente, retirou-se do âmbito da culpa, os atos decisórios e opinativos técnicos. Com isso, permitiu-se a uma interpretação sistemática dos diversos dispositivos legais em comento.

Sem prejuízo da exposição acima, vale lembrar que, o inciso I do artigo 49 da Lei Complementar Federal no. 35/1979 (LOMAN), prevê que:

“Art. 49 - Responderá por perdas e danos o magistrado, quando:

I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;”

Sem destoar muito do artigo acima transcrito, o artigo 143 do CPC/2015 prescreve que:

“Art. 143. O juiz responderá, civil e regressivamente, por perdas e danos quando:

I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;”

Quanto ao Ministério Público, a Advocacia Pública e a Defensoria Pública dispõe o CPC/2015, nos artigos 181, 184 e 187 que:

“Art. 181. O membro do Ministério Público será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções.”

“Art. 184. O membro da Advocacia Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções.”

“Art. 187. O membro da Defensoria Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções.”

Ou seja, os dispositivos acima demonstram que a previsão pela responsabilização culpa nem sempre é a regra. Neste sentido, o artigo 28 da LINDB não trouxe nenhuma novidade ao ordenamento normativo, a fim de causar tantas discussões.

Vale lembrar que, por se tratar de uma norma geral, é razoável interpretar que, frente à Lei de Improbidade Administrativa, por exemplo, o artigo 28 da LINDB será afastado a fim de dar lugar as disposições específicas tratadas naquela Lei. No mesmo sentido, quando se tratarem de atos não decisórios ou não opinativos técnicos, certamente, incidirá a regra geral ou específica que, eventualmente, disponha sobre a responsabilização do agente público, inclusive, na forma culposa.

Neste ponto, parece oportuno, trazer o seguinte julgado:

“IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRESENÇA DO ELEMENTO SUBJETIVO. DANO AO ERÁRIO. DOSIMETRIA. SANÇÃO. INSTÂNCIA ORDINÁRIA. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. OFENSA AO ART. 535 DO CPC/1973 NÃO CONFIGURADA. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. PARECERES JURÍDICOS. SÚMULA 7/STJ. RECURSO ESPECIAL. ALÍNEA “C”. NÃO DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

(...)

15. Ressalta-se que a controvérsia não é sobre se os pareceres

jurídicos são meramente opinativos ou não, pois a culpa do recorrente, reconhecida pelo Tribunal de origem, foi porque não lia os pareceres licitatórios em que colocava sua assinatura. Confira: “Ademais, conforme bem ressaltou o magistrado a quo, o apelante JOSÉ RODRIGUES DA SILVA **nem ao menos se preocupava em ler os pareceres licitatórios em que colocava sua assinatura**, fato que, diante do conhecimento técnico que possui e das obrigações profissionais que lhe são inerentes como advogado, **evidencia, pelo menos, culpa grave na sua conduta que concorreu para a prática de ato ímprobo causador de dano ao erário.**” (fl. 2397, grifo acrescentado).” (AgInt no REsp 1590530 / PB, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, STJ, data de julgamento: 15/12/2016)

Outrossim, vale lembrar do julgado no MS no. 24631/DF, de relatoria do Min. Joaquim Barbosa:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. AUDITORIA PELO TCU. RESPONSABILIDADE DE PROCURADOR DE AUTARQUIA POR EMISSÃO DE PARECER TÉCNICO-JURÍDICO DE NATUREZA OPINATIVA. SEGURANÇA DEFERIDA. I. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) **quando**

a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir. II. No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato. III. Controle externo: É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. **Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa. Mandado de segurança deferido.**” (STF, Pleno, julgamento: 09/08/2007)

É importante considerar que, na hipótese do particular buscar a responsabilização do agente público em decorrência da prolação de decisões ou opiniões técnicas com dolo ou erro grosseiro, deverá acionar o Estado e não aquele, por força do artigo 37, § 6º da Constituição da República (CRFB/88) que dispõe sobre a “Teoria da Dupla Garantia.”

“DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. AGENTE PÚBLICO. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. 1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 327.904, sob a relatoria do Ministro Ayres Britto, assentou o entendimento no sentido de que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns. Precedentes. 2. Agravo regimental a que

se nega provimento.”(RE 593.525 AgR-segundo/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, 1ª Turma, STF, data de julgamento: 09/08/2016)

Por todo o exposto, espera-se ter contribuído na discussão das questões trazidas por este artigo.

10 OS ARTIGOS 29 E 30 DA LINDB

Este artigo, combinado com o artigo 30 trouxeram a possibilidade de emissão de atos normativos pela autoridade administrativa. Ou seja, conferiu àquela o poder normativo a ser expressado, também, por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.

O assunto não é novo e não deve causar estranheza, mormente pela circunstância do Supremo Tribunal Federal já ter reconhecido, com fundamento no artigo 2º da CRFB/88, a existência do princípio da reserva de administração:

“O princípio constitucional da reserva de administração impede a ingerência normativa do Poder Legislativo em matérias sujeitas à exclusiva competência administrativa do Poder Executivo. É que, em tais matérias, o Legislativo não se qualifica como instância de revisão dos atos administrativos emanados do Poder Executivo. (...) Não cabe, desse modo, ao Poder Legislativo, sob pena de grave desrespeito ao postulado da separação de poderes, desconstituir, por lei, atos de caráter administrativo que tenham sido editados pelo Poder Executivo, no estrito desempenho de suas privativas atribuições institucionais. Essa prática legislativa, quando efetivada, subverte a função primária da lei, transgride o princípio da divisão funcional do poder, representa comportamento heterodoxo da instituição parlamentar e importa em atuação *ultra vires* do Poder Legislativo, que não pode, em sua atuação político-jurídica, exorbitar dos limites que definem o exercício de suas prerrogativas institucionais. (RE 427.574 ED, Rel. Min. Celso de Mello, j. 13-12-2011, 2ª T, DJE de 13-2-2012.)

Como exemplo sobre a força normativa das respostas as consultas está o artigo 9º da Instrução Normativa RFB no. 1396/2013, alterado pela redação da IN RFB no. 1434/2013:

“Art. 9º A Solução de Consulta Cosit e a Solução de Divergência, a partir da data de sua publicação, têm efeito vinculante no âmbito da RFB, respaldam o sujeito passivo que as aplicar, independentemente de ser o consulente, desde que se enquadre na hipótese por elas abrangida, sem prejuízo de que a autoridade fiscal, em procedimento de

fiscalização, verifique seu efetivo enquadramento.” (NR)

Ou seja, antes mesmo da edição da Lei Federal no. 13.655/2018, já havia normatização a respeito do caráter normativo das respostas às consultas.

Importante destacar que tais atos normativos da autoridade administrativa, a depender das circunstâncias, são passíveis de controle por parte do Poder Judiciário, inclusive, em sede de controle concentrado:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DECISÃO ADMINISTRATIVA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO NORTE: AGRAVO REGIMENTAL NO PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 102.138/2003. EXTENSÃO DE CONCESSÃO DE GRATIFICAÇÃO DE 100% AOS AGRAVANTES AOS SERVIDORES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. LEI POTIGUAR N. 4.683/1997 E LEI COMPLEMENTAR POTIGUAR N. 122/1994. 1. A extensão da decisão tomada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte aos servidores em condições idênticas aos agravantes torna-a ato indeterminado. **Ato administrativo normativo genérico. Cabimento da ação direta de inconstitucionalidade.** 2. A extensão da gratificação contrariou o inc. X do art. 37 da Constituição da República, pela inobservância de lei formal, promovendo equiparação remuneratória entre servidores, contrariando o art. 37, XIII, da Constituição da República. Precedentes. 3. Princípio da isonomia: jurisprudência do Supremo Tribunal de impossibilidade de invocação desse princípio para obtenção de ganho remuneratório sem respaldo legal: Súmula n. 339 do Supremo Tribunal Federal. 4. Ação julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da parte final do acórdão proferido no Agravo Regimental no Processo Administrativo nº 102.138/2003.(ADI no. 3202/RN, Rel. Min. Carmén Lúcia, Tribunal Pleno, STF, data do julgamento: 05.02.2014).

Outro ponto que merece destaque é o efeito vinculante previsto no artigo 30 da LINDB, não pela sua novidade, mas pela sua obviedade, no sentido de impor ao próprio órgão, Poder ou entidade administrativa a observância dos próprios regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas que emitir. Com isso, o que se pretende evitar é a contradição pelo próprio emissor do ato normativo e, neste sentido, conferir a desejada segurança jurídica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Antes mesmo da edição da Lei Federal no. 13.655/2018, o Supremo Tribunal Federal, já reconhecia a aplicação do postulado da proteção da segurança jurídica, também, no âmbito do Direito Público, “enquanto expressão do Estado Democrático de Direito”:

“O postulado da segurança jurídica, enquanto expressão do Estado Democrático de Direito, mostra-se impregnado de elevado conteúdo ético, social e jurídico, **projetando-se sobre as relações jurídicas, mesmo as de direito público** (RTJ 191/922), em ordem a viabilizar a incidência desse mesmo princípio sobre comportamentos de qualquer dos Poderes ou órgãos do Estado, para que se preservem, desse modo, sem prejuízo ou surpresa para o administrado, situações já consolidadas no passado. A essencialidade do postulado da segurança jurídica e a necessidade de se respeitarem situações consolidadas no tempo, especialmente quando amparadas pela boa-fé do cidadão, representam fatores a que o Poder Judiciário não pode ficar alheio. (RE no. 646.313 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, j. 18-11-2014, 2ª T, DJE de 10-12-2014.)

Neste sentido e diante de tudo o que foi brevemente exposto neste artigo, em especial por meio da jurisprudência colacionada, a Lei Federal no. 13.655/2018 sistematizou todas as transformações pelas quais o Direito Brasileiro, mas especificamente, o Direito Público já estava passando.

Logicamente, por se tratar de uma *lex legum* o legislador utilizou-se de diversos conceitos indeterminados ou determináveis. No entanto, disso não pode resultar no esvaziamento de seu conteúdo normativo ou de sua própria ineficácia social.

Perceba que exigir dos dispositivos trazidos pela Lei Federal no. 13.655/2018 o mesmo nível de concretude ou densidade de uma lei que não possui o *status* de uma norma de sobredireito, é ignorar a sua própria natureza jurídica e a finalidade para a qual foi editada – regular o Direito Público Brasileiro.

Certamente, seria mais “amigável” que a Lei Federal no. 13.655/2018 permitisse que a sua aplicação fosse direta e simples, por meio da subsunção do fato à lei. No entanto, salvo melhor juízo, isso equivaleria a diminuir a sua importância e sua força normativa dentro do ordenamento jurídico.

Perceba que, na aplicação da Lei Federal no. 13.655/2018 não bastará apenas o juízo de legalidade sobre uma determinada decisão, ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa. Será necessário, salvo melhor entendimento, realizar, também, um juízo de legitimidade e juridicidade.

Não por outra razão, o legislador foi enfático e repetitivo em diversos disposições, ao exigir a presença da motivação com todos os requisitos e conteúdos consequentialistas.

Veja que é por meio da motivação dos atos estatais que se pode aferir se está se vivenciando um Estado de Democrático de Direito ou um Estado da Política ou Arbitrário ou Autoritário.

Alias, não deveria causar espécie a circunstância de exigir-se motivação para diversos atos estatais, inclusive, na edição de normas gerais. Com efeito, o próprio Supremo Tribunal Federal (STF) em recente julgado, exigiu a necessidade de motivação no caso de um Município que, utilizando-se da competência concorrente, acabou legislação sobre direito ambiental:

“DIREITO CONSTITUCIONAL –
 COMPETÊNCIA LEGISLATIVA
 Competência legislativa dos Municípios e Direito Ambiental.
 Os Municípios podem legislar sobre Direito Ambiental,
desde que o façam fundamentadamente.
 Com base nesse entendimento, a Segunda
 Turma negou provimento a agravo regimental.
 A Turma afirmou que os Municípios podem adotar
 legislação ambiental mais restritiva em relação
 aos Estados-Membros e à União. No entanto, é
 necessário que **a norma tenha a devida motivação.**
 ARE 748206 AgR/SC, rel Min. Celso de Mello, julgamento
 em 14.3.2017. (ARE-748206)” (Informativo no. 857 do
 STF).

Ou seja, cada vez mais está sendo exigido do operador do Direito, um juízo profundo e reflexivo para a construção de uma motivação adequada e idônea de molde a contribuir com a construção inacabada do Estado Democrático de Direito Brasileiro.

Enfim, conforme dito inicialmente, a ideia do presente artigo não era esgotar os temas trazidos pela Lei Federal no. 13.655/2018 mas contribuir de algum modo para a discussão sadia e construtiva e, ao mesmo tempo, tentar presentear o homenageado à altura de seu merecimento.

REFERÊNCIAS

STF, RE no. 594.296, Rel. Min. Dias Toffoli, data de julgamento: 21/9/2011, DJE 146 de 13/2/2012, Tema 138.

STJ, RE no. 1.429.976/CE. Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, data de julgamento: 18.02.2014.

STF, MS no. 26.196, Rel. Min. Ayres Britto, data de julgamento: 18/11/2010.

STJ, AgRg no AREsp 263635/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, data de julgamento: 16.05.2013.

STJ, EAREsp no. 58.820/AL, Rel. Min. Benedito Gonçalves, 1ª Seção, data de julgamento: 08/10/2014.

STF, RMS no. 31973/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, 2ª Turma, data de julgamento: 25/02/2014.

STJ, REsp no. 1.244.182/PB, Rel. Min. Benedito Gonçalves, 1ª Seção, data de julgamento: 10/10/2012.

STJ, AgInt no REsp 1590530 / PB, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, data de julgamento: 15/12/2016.

STF, MS no. 24631/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, data do julgamento: 09/08/2007.

STF, RE no. 593.525 AgR-segundo/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, 1ª Turma, data de julgamento: 09/08/2016.

STF, RE no. 427.574 ED, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, data de julgamento: 13/12/2012.

STF, ADI no. 3202/RN, Rel. Min. Carmén Lúcia, Tribunal Pleno, data do julgamento: 05/02/2014.

STF, RE no. 646.313 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, data de julgamento: 18/11/2014.

STF, ARE 748206 AgR/SC, Rel. Min. Celso de Mello, data de julgamento: 14/03/2017.

CAPÍTULO 4

DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E A OBRIGAÇÃO LEGISLATIVA MUNICIPAL EM MATÉRIA AMBIENTAL

ALEXANDRE HÖNIGMANN

Procurador do Município de Jundiaíe Pós Graduado em Direito Público.

MARCOS PEREIRA CASTRO

Procurador do Município de Jundiaí; Bacharel e Mestre em Direito Público pela Unesp.

1 DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO MEIO AMBIENTE

1.1 DA PROTEÇÃO AMBIENTAL COMO DIMENSÃO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

A partir de 1960, houve a aceleração da preocupação ecológica em âmbito internacional. Começaram a surgir acordos e declarações internacionais para fins de proteção do meio ambiente e amenização das causas e conseqüências da crise ambiental deflagrada em virtude de comportamentos humanos insustentáveis.

A crise ambiental é o resultado de um contexto social caracterizado por problemas interligados e interdependentes, tais como: a escassez de recursos naturais e as diversas catástrofes em nível planetário, provocadas por ações degradadoras do ser humano na natureza.

A questão ambiental, por sua vez, denota aqui o fenômeno associado aos desequilíbrios sistêmicos ocasionados pela persistência de padrões reducionistas de regulação da

dimensão econômico-política da vida social e pela natureza exponencial das curvas globais de crescimento demográfico. Esses desequilíbrios respondem pelo agravamento tendencial do volume de impactos destrutivos gerados pela ação antrópica sobre o funcionamento dos sistemas ecossociais, numa escala mais e mais planetarizada e capaz, dessa forma, de comprometer as próprias precondições de sobrevivência da espécie (VIEIRA, 1998, p. 50).

Quanto às causas da crise ambiental, tem sido considerada uma série de fatores relacionados à insustentabilidade ecossistêmica, entre eles: os limites físicos externos decorrentes do sistema de valores que propicia expansão do consumo material, especialmente em face das necessidades criadas; o crescimento populacional elevado, com redução da disponibilidade de recursos naturais; a concentração espacial da população, com elevada densidade no meio urbano; a degradação e poluição decorrentes da industrialização, da urbanização, do uso de tecnologias inadequadas e do alto gasto energético; o desconhecimento sobre a capacidade de o potencial tecnológico compensar a degradação ambiental; e o desconhecimento quanto à possibilidade de regeneração do meio no tempo e no espaço.

Diante de uma sociedade com as características apresentadas, começou a ganhar destaque a racionalização do uso dos recursos naturais, sendo ponderadas as necessidades socioeconômicas relativamente aos limites do meio. Essa racionalização dá conteúdo aos programas de desenvolvimento, limitando e orientando a produção e aplicação das normas que disciplinam a atuação do Estado, da sociedade e dos particulares na busca do bem comum.

Na década de 60 do século passado, houve aceleração da preocupação ambiental em âmbito mundial, especialmente na Europa. Nessa época, começam a surgir acordos e declarações internacionais para fins de proteção ambiental. Ganhou destaque o tema da racionalização do uso dos recursos naturais e a ponderação quanto às necessidades socioeconômicas em face dos limites do meio.

Nessa perspectiva, cresceu a ideia da necessidade de um desenvolvimento econômico e social com sustentabilidade ambiental, cuja teoria é notoriamente conhecida pela expressão “desenvolvimento sustentável”.

O desenvolvimento sustentável foi mencionado pela primeira vez na 1ª Conferência das Nações Unidas Sobre o Meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo, em 1972. O documento mais importante dessa Conferência Internacional da Organização das Nações Unidas (ONU) foi a Declaração de Estocolmo, a qual consagrou essa nova forma de

desenvolvimento, notadamente nos princípios primeiro (defendendo que o direito ao bem-estar deve incluir a proteção ambiental), quinto (que destaca a necessidade do uso sustentável para não esgotar os recursos) e oitavo (o qual relaciona o meio ambiente ao desenvolvimento socioeconômico).

Na década de 70, pós-Estocolmo, teve início a institucionalização da luta pela preservação ambiental e o desenvolvimento sustentável. O estudo do contexto mundial da disponibilidade física e a formulação de um conceito bem claro e genérico de desenvolvimento sustentável proposto no relatório *Nosso Futuro Comum*, apresentado em 1987 pela Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento da ONU tiveram papel fundamental para que o tema ganhasse conteúdo capaz de estar inserido nos ordenamentos jurídicos internos e internacionais.

O desenvolvimento sustentável começa a ser visto como paradigma do ambientalismo contemporâneo a partir da 2ª Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (CNUMAD), realizada no Rio de Janeiro em 1992 (ECO-92).

Nessa segunda Conferência, foram produzidos quatro documentos: a Agenda 21, a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, a Convenção Sobre Mudanças Climáticas e a Declaração de Princípios Sobre as Florestas e da Convenção Sobre a Biodiversidade. Os dois primeiros documentos merecem destaque especial, por associarem os problemas ecológicos ao tema do desenvolvimento socioeconômico.

A Agenda 21 tem sido relevante por enunciar princípios programáticos sobre desenvolvimento sustentável, integrando a produtividade, a conservação do potencial produtivo, o combate à pobreza e a segurança alimentar. Trata-se de um plano de ações, objetivos, atividades e meios para alcançar o desenvolvimento sustentável. Nessa agenda, de forma integrada e sistêmica, foram estabelecidas dimensões econômicas, sociais e políticas da proteção ambiental.

Outro documento importante foi a Declaração Sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, pois apregoava o desenvolvimento sustentável e algum conteúdo axiológico em diversos princípios, entre eles: o primeiro (propõe um desenvolvimento voltado ao bem-estar humano), o terceiro (consagra a equidade intergeracional), o quarto (estabelece uma visão sistemática do desenvolvimento), o oitavo (prescreve a produção e o consumo sustentáveis) e o nono (defende o investimento em pesquisa). Todos esses princípios, que formam o sistema de desenvolvimento sustentável, estão consagrados na atual Constituição Federal.

A cúpula de Roma, realizada em 1996, foi outro momento importante na discussão do desenvolvimento sustentável. O seu principal documento - a Declaração Sobre Segurança Alimentar - reconheceu os dois principais aspectos da questão: 1º) a necessidade de aumentar a produção e manter o potencial produtivo do meio ambiente; e 2º) a necessidade de promoção de inclusão social, com geração e distribuição renda, emprego, acesso à terra, crédito e tecnologia.

A 3ª Conferência sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, realizada em Johannesburgo, em 2002, também chamada de “Rio + 10”, deu continuidade à discussão a respeito da questão ambiental e dos problemas socioeconômicos, com abordagem de temas polêmicos e importantes, como a desertificação, a fome e a segurança alimentar.

Uma década depois, ocorreu no Rio de Janeiro uma nova Conferência das Nações Unidas a qual foi intitulada como Conferência sobre Desenvolvimento Sustentável (Rio + 20), o que já demonstra a consolidação do sentido tridimensional da concepção dessa forma de desenvolvimento a partir de diversos sentidos da sustentabilidade, como se verifica no principal documento do evento, a Declaração “O Futuro que queremos”, que dá grande ênfase para a dimensão ambiental, inclusive por propor ações voltadas à erradicação da pobreza e à institucionalização de práticas sustentáveis.

Sem dúvida, as Conferências de órgãos da ONU demonstram que o desenvolvimento vai além do crescimento econômico; ele exige cooperação entre Estados e tratamento diferenciado para os países mais pobres. Mas a efetivação desses valores não é tão fácil; depende da superação de interesses internos, compromissos éticos com o futuro e, principalmente, do estabelecimento de vínculos jurídicos com conteúdo concreto, para que sejam escolhidas e exigidas as posturas mais adequadas.

O desenvolvimento sustentável surge como um conjunto de novas estratégias ou práticas políticas de valoração e afastamento dos riscos. Não abandona o aumento da produtividade, mas engloba o gerenciamento dos riscos, o manejo adequado dos recursos, a equidade na distribuição de renda e o aumento das externalidades positivas da atividade econômica, como o aumento da renda individual e a geração de emprego. Há maior interação entre questão social, econômica e ambiental, com reavaliação de algumas posições extremadas, como bem destaca Derani (2001, p. 22):

A questão ecológica é uma questão social, e a questão social só pode ser adequadamente trabalhada hoje quando toma conjuntamente a questão econômica e ecológica. É neste sentido que se reclama um redimensionamento

da prática econômica, inserindo-a dentro de uma política mais abrangente, uma política social. Da economia que privilegia a concorrência para a produção de valor, onde a permanente pressão de modernização e consequente eficiência tecnológica requerem não só melhor como maior apropriação da natureza e energia, exige-se uma adequação a finalidades mais abrangentes abraçadas pelas expressões “qualidade de vida” e “bem-estar”.

No relatório *Nosso Futuro Comum* apresentado em 1987 pela Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento da ONU (Comissão Brundtland), o desenvolvimento sustentável foi definido como aquele “que responde às necessidades do presente sem comprometer as possibilidades das gerações futuras de satisfazer suas próprias necessidades”(MONTIBELLER-FILHO, 2001, p. 48).

Poder-se-ia entender essa forma de desenvolvimento como um processo de conjugação simultânea e sistemática de várias finalidades, compatibilizando a satisfação das necessidades sociais das gerações presentes com a manutenção do capital natural para as gerações futuras. Assim, reconhecer-se-ia o “direito” à possibilidade de uma geração póstuma vir a existir e ter meios adequados para uma boa qualidade de vida.

De acordo com Ignacy Sachs (2000, p. 71), esse desenvolvimento precisa, no mínimo, atender às seguintes finalidades: a) a satisfação das necessidades básicas; b) a solidariedade em relação às gerações futuras; c) a participação da população afetada; d) a conservação dos recursos ambientais; e) a elaboração de um sistema social capaz de garantir emprego, segurança social e respeito às diversidades culturais; f) a inclusão de programas de educação.

Ignacy Sachs (2000, p. 71), a partir das finalidades do desenvolvimento, procurou estabelecer escolhas políticas e teóricas para se chegar a um modelo sustentável, as quais devem se atentar para uma interação tridimensional, de maneira a compatibilizar a viabilidade econômica, a ambiental e a político-social.

1.2 DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DA PROTEÇÃO DA SUA DIMENSÃO AMBIENTAL

Considerando que o Estado contemporâneo se legitima quando atua para concretizar as diretrizes constitucionais na busca do bem comum, certamente não seria possível, pelo menos no âmbito da consagração de

valores na Constituição Federal, defender a existência de um paradigma diferente do desenvolvimento sustentável em sentido tridimensional.

O Estado brasileiro, do ponto de vista teórico, propõe o desenvolvimento a partir da harmonização e efetivação de direitos individuais, sociais e ambientais.

A Constituição brasileira é dirigente, enuncia programas, diretrizes e fins do Estado, tendo a dignidade humana como princípio político constitucional conformador. Foram criados programas e objetivos que vinculam a atuação do Poder Público e limitam o exercício da liberdade de iniciativa e dos poderes do domínio à satisfação do bem comum.

Essa concepção de modelo político é perceptível no preâmbulo da Constituição Federal de 1988, o qual expressa que foi instituído 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 justiça como valores supremos [...]*”.

Os incisos do seu artigo 1º deixam evidente que ela consagra um modelo político expressivamente social, pois tem, entre os seus fundamentos: a cidadania (II), a dignidade humana (III) e os valores do trabalho (IV).

Também salientando o elemento social, os incisos do artigo 3º colocam como objetivos do Estado a busca de uma sociedade justa e solidária (I), o desenvolvimento nacional (II) e a redução das desigualdades (III).

O conteúdo constitucional dessa dimensão social vem disposto do artigo 6º ao 11 e em todo título XVIII, isto é, do artigo 193 ao 232.

Também estabelecendo essa dimensão social e a interação multidimensional dos requisitos do desenvolvimento sustentável, merece nota o artigo 170. Nesse dispositivo, qualquer atividade econômica deve ser exercida em harmonia com os aspectos sociais (função social da propriedade, dignidade humana, valorização do trabalho e redução das desigualdades), a liberdade econômica (propriedade privada e livre iniciativa) e a conservação ambiental.

No artigo 170, “caput”, a ordem econômica não aparece no sentido normativo (regras jurídicas da economia), mas no sentido de relações econômicas reais (como atividade econômica). No entanto, o próprio artigo estipula uma ordem no sentido jurídico, impondo princípios e regras de conformação do processo econômico, ou seja, normas que institucionalizam uma determinada ordem econômica com base nos fins políticos escolhidos pela sociedade (GRAU, 2004, p. 61).

Por exemplo, o artigo 170 (ordem econômica) não pode ser entendido sem o artigo 193 (ordem social) e o artigo 225 (meio ambiente); todos devem ser relacionados sistematicamente, de maneira que os direitos individuais de domínio não sejam exercidos em detrimento do trabalho humano e do bem-estar social (DERANI, 2001, p. 233).

Confirmando esse entendimento, reza o artigo 170, inciso VI, como princípio da ordem econômica, a “defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação”.

Esse princípio impositivo atua como norma-objetivo de caráter constitucional conformador, justificando a exigência de uma função ambiental, ou seja, justificando todas as imposições do artigo 225, que lhe dá conteúdo e efetividade (BENJAMIN, 1993, p. 57).

Importante observar que, nos termos do artigo 3º da Lei Federal nº 6.938, de 1991, o meio ambiente é definido como o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.

No entanto, para fins de concepção de sustentabilidade consagrada nos documentos internacionais e na Constituição Federal do Brasil, bem como para a adequada discussão quanto à repartição constitucional de competências e proteção ambiental, a expressão “meio ambiente” deve ser considerada em sentido jurídico mais amplo, como a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais necessários para um desenvolvimento sustentável (SILVA, 2002, p. 20), na forma também defendida por Édís Milaré (2009, p. 113) ao apresentar duas concepções conceituais:

Numa *visão restrita*, o meio ambiente nada mais é do que a expressão do patrimônio natural e as relações com e entre os seres vivos, tal noção, é evidente, despreza tudo aquilo que não diga respeito aos recursos naturais.

Numa *concepção ampla*, que vai além dos limites estreitos fixados pela Ecologia tradicional, o meio ambiente abrange toda a natureza original (natural) e artificial, assim como os bens correlatos. Temos aqui, então, um detalhamento do tema: de um lado, como o *meio ambiente natural*, ou físico, constituído pelo solo, pela água, pelo ar, pela energia, pela fauna e pela flora; e, do outro, com o *meio ambiente artificial* (ou humano), formado pelas edificações, equipamentos e alterações produzidos pelo homem, enfim, os assentamentos de natureza urbanística e demais construções (grifos do autor).

O ordenamento deve ser analisado em sua complexidade. É preciso compatibilizar interesses aparentemente contrapostos, como desenvolvimento socioeconômico e sustentabilidade. A interpretação constitucional exige que os princípios do artigo 170 sejam operacionalizados de forma a garantir maior efetividade a todos.

Para evidenciar a afirmação acima, basta atentar para os requisitos da função social da propriedade privada, dispostos no artigo 186 da Constituição Federal. Além de procurar ser compatível com o direito de propriedade e até legitimar a sua tutela, exige expressamente a integração simultânea das demais dimensões do desenvolvimento sustentável.

A proteção ambiental está consagrada em diversos artigos do texto constitucional, de forma que é impossível negar que seja possível uma concepção de desenvolvimento que não respeite os preceitos ecológicos.

Podem ser destacados os artigos que discriminam as competências legislativa e material da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (artigos 23, 24 e 31), pois, em todos, existem expressas determinações acerca da distribuição de atribuições no âmbito do Poder Legislativo e Executivo em relação à proteção dos recursos naturais.

Como consagração constitucional categórica do desenvolvimento sustentável numa perspectiva holística e solidária, menciona-se o artigo 225, “caput”, o qual proclama o dever de proteger o meio ambiente equilibrado para as gerações atuais e futuras.

Nesse artigo, o meio ambiente foi elevado à categoria de direito fundamental. Para alguns autores, um direito subjetivo público, uma vez que existe possibilidade de ações contra o Estado ou setores da esfera privada para exigir condutas omissivas ou comissivas.

São aspectos da proteção constitucional ao meio ambiente:

a) valor constitucional material e qualificado, com vinculação do bem ambiental à qualidade de vida (artigo 5º, “caput”), de forma que ele passou a ser uma dimensão da dignidade humana e, enquanto direito humano fundamental, recebeu o atributo de cláusula pétrea;

b) macrobem de uso comum do povo, distinto da classificação de acordo com a titularidade do domínio (públicos ou privados);

c) dever do Poder Público, do proprietário e da coletividade de respeitar o meio ambiente e adotar medidas preventivas;

d) direito de todos os homens;

e) bem garantido às futuras gerações (democracia intergeracional);

f) adoção da teoria da responsabilidade civil objetiva, na forma da teoria do risco integral, obrigando a reparação do dano ambiental, mesmo na hipótese de condutas lícitas.

O “caput” do artigo 225 é uma norma-princípio que anuncia o meio ambiente como direito difuso e transgeracional, ambos direitos fundamentais. Ele consagra a necessidade de uso sustentável ou de conservação integral para o bem comum.

O meio ambiente, além de ser um reflexo da proteção à vida, a qualifica no sentido de lhe dar certos atributos. O § 1º do artigo 225, por exemplo, estabelece garantias e instrumentos, a fim de que sejam controlados os empregos de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para o meio ambiente, como os agrotóxicos e os transgênicos, de forma que impõe direito e deveres.

A constitucionalização do meio ambiente forma uma nova ética, na qual a avaliação econômica dos recursos perde a primazia individualista em favor da sustentabilidade:

Os Estados têm o papel de guardiães da vida, da liberdade, da saúde e do meio ambiente. Garantir a liberdade responsável: liberdade para empreender, liberdade para descobrir e aperfeiçoar tecnologias, liberdade para produzir e comercializar, sem arbitrariedades ou omissões dos Estados, liberdade que mantém a saúde dos seres humanos e a sanidade do meio ambiente. A liberdade que engrandece a humanidade e o meio ambiente exige um Estado de Direito, em que existem normas, estruturas, laboratórios, pesquisas e funcionários, independentes e capazes. As gerações presentes querem ver os Estados também como protetores do meio ambiente para as gerações que não podem falar ou protestar. Os Estados precisam ser os curadores dos interesses das gerações futuras. Então, não será uma utopia um Estado de Bem-estar Ecológico, fundado na equidade (MACHADO, 2003, p. 92).

José Afonso da Silva (2003, p. 26, grifos do autor) corrobora a posição de que o ordenamento jurídico brasileiro consagra o desenvolvimento sustentável com destaque para a sua dimensão ambiental, haja vista que a Constituição Federal e, antes, a Lei Federal nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, sobretudo do artigo 1º ao 4º, estabelecem que:

[...] o principal objetivo a ser seguido pela Política Nacional do Meio Ambiente é a compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico. A conciliação dos dois valores consiste, assim, nos termos do dispositivo, na promoção do chamado desenvolvimento

sustentável, que consiste na exploração equilibrada dos recursos naturais, nos limites da satisfação das necessidades e do bem-estar da presente geração, assim como de sua conservação no interesse da geração futura. Requer, como seu requisito indispensável, um crescimento econômico que envolva equitativa redistribuição dos resultados do processo produtivo e a erradicação da pobreza, de forma a reduzir as disparidades *nos padrões de vida e melhor atendimento da maioria da população*.

A Constituição Federal estabelece uma função ambiental em benefício do aproveitamento humano, com fundamento na dignidade humana; no entanto, também protege a capacidade funcional dos bens ambientais independente do interesse direto da geração atual.

Por todo o exposto, constata-se que não há na Constituição a expressão “desenvolvimento sustentável”, mas sua proteção multidimensional pode ser observada quando a Carta é vista como um sistema, uma vez que todos os seus institutos jurídicos e princípios formam uma unidade voltada à realização de uma concepção qualificada de dignidade humana e proteção ao meio ambiente para gerações atuais e futuras.

Para concluir a presente discussão sobre a consagração constitucional do desenvolvimento sustentável, acredita-se que é interessante apresentar os principais benefícios da constitucionalização constatados por Antônio Benjamin (2002, p. 93):

- a) a criação da obrigação de não degradar como contrabalanceamento do direito de explorar;
- b) a criação da obrigação de intervenção do Estado, de modo que ele considere o meio ambiente em qualquer decisão legislativa, administrativa ou judicial);
- c) o reconhecimento da legitimidade para a sociedade agir;
- d) a garantia da hierarquia constitucional à proteção socioambiental;
- e) ainda em termos formais, a criação de uma ordem pública ambiental constitucionalizada que permite o controle constitucional e uma base de coerência na interpretação do sistema jurídico.

2 DA REPARTIÇÃO CONSTITUCIONAL DE COMPETÊNCIAS E DA OBRIGAÇÃO LEGISLATIVA MUNICIPAL

A organização federativa norteia a discussão quanto à repartição de competências constitucionais, tomando por base a estrutura do Estado brasileiro e os diferentes entes federativos que o integram. Para compreender

as competências constitucionais, tanto executivas quanto legislativas faz-se indispensável uma leitura sistemática do ordenamento constitucional (SARLET, 2017, p. 48).

Anota-se que, como forma de Estado, o Brasil é uma Federação, nos termos do caput do artigo 1º combinado o caput do artigo 18, ambos da Constituição Federal, que consagram o princípio federativo nos seguintes termos (sem grifos no original):

Art. 1º 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.

O Estado Federal, com o nome de República Federativa do Brasil, é o todo, ou seja, o complexo constituído da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, dotado de personalidade jurídica de direito internacional. Portanto, a União é um componente do Estado Federal, não se confundindo com este, sendo a mesma uma pessoa jurídica de direito interno, como se observa no artigo 41 do Código Civil (sem grifos no original):

Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno:

I - a União;

II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios;

III - os Municípios;

IV - as autarquias, inclusive as associações públicas;

V - as demais entidades de caráter público criadas por lei.

A Federação representa a repartição regional de poderes autônomos, constituindo o Estado Federal, que se apresenta único nas relações internacionais, mas, internamente, é constituído pela União, Estados-membros, municípios e Distrito Federal, dotados de autonomia político-constitucional, notadamente quanto ao exercício de capacidade normativa sobre matérias reservadas a sua competência, ou seja, as atribuições constitucionais para que o ente possa emitir uma decisão quanto à criação de uma norma sobre uma matéria determinada ou a sua execução.

Competência, no dizer de José Afonso da Silva (2001, p. 498), “consiste na esfera delimitada de poder que se outorga a um órgão ou entidade estatal, mediante especificação de matérias sobre as quais se exerce o poder de governo”.

Ademais, observa-se que Constituição Federal vigente, como se verifica no parágrafo único do seu artigo 23, caminhou no sentido da descentralização e afirmação de um modelo democrático, participativo e cooperativo, pautado na proteção de direitos fundamentais e na dignidade da pessoa humana (SARLET, 2017, p. 48).

Dispõe o artigo 23, parágrafo único da Constituição Federal:

Art. 23. (...)

Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

É certo que a autonomia política de um ente federado pressupõe a repartição de competências para o desenvolvimento de suas competências constitucionais.

Sobre o tema, é importante destacar duas classificações em relação às competências constitucionais, tais sejam: quanto à natureza e quanto à repartição entre os diversos entes que compõem a Federação.

Quanto à natureza, as competências podem ser classificadas em material e legislativa.

A competência material ou executiva determina um campo de atuação político-administrativa, pois não se trata de atividade legiferante, mas sim da prática de atos executivos e de administração para o cumprimento da lei, é a função típica do Poder Executivo.

De outro lado, a competência legislativa constitui a *faculdade para* elaboração de leis sobre determinado assunto, é a função típica do Poder Legislativo.

Em relação à classificação considerando os diversos entes federativos, observa-se que a Constituição Federal disciplina a repartição de competências matérias e legislativas da União, dos Estados-Membros, do Distrito Federal e dos Municípios.

O critério da predominância do interesse norteia a repartição de competência entre as entidades federativas do Estado brasileiro. Segundo este princípio, à União caberá as matérias de predominante interesse geral, nacional, enquanto aos Estados-membros tocarão as matérias de interesse regional e aos Municípios os assuntos de interesse local (SILVA, 2009, p. 478).

Nesse sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1989, p. 164), conceitua que “o aspecto fundamental da iniciativa reservada está em

resguardar a seu titular a decisão de propor direito novo em matérias confiadas à sua especial atenção, ou de seu interesse preponderante”.

Quando se busca a uniformização da matéria em âmbito nacional, a competência deve ser da União, porém, sempre que possível, deve-se preferir a competência local, haja vista a proximidade espacial da pessoa beneficiada com o Administrador.

No Brasil, em regra, utilizou-se da técnica da enumeração dos poderes da União (artigos 21 e 22) e a indicação das competências do Município (artigo 30), reservando aos Estados os Poderes remanescente (artigo 25, § 1º), mas também foi previsto a possibilidade de delegação de competências da União aos Estados (artigo 22, parágrafo único), áreas de competência comum de atuações paralelas (artigo 23) e setores concorrentes da União e Estados, com possibilidade de suplementação pelos municípios (artigo 24 e 30, II).

Tendo em visto o tema proposto, foca-se, a seguir, nas competências dos municípios, maiormente a partir da classificação das competências constitucionais quanto à natureza, em materiais e legislativas.

Os municípios possuem as seguintes competências materiais:

a) comum (cumulativa ou paralela): trata-se de competências não legislativa ou administrativas atribuídas aos quatro entes federativos, quais sejam, a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, notadamente aquelas prevista nos incisos do artigo 23 da Constituição Federal (sem grifos no original):

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;

V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação;

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;

VIII - fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar;

IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos;

XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios;

XII - estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito.

Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

b) exclusiva (enumerada): são competências executivas atribuídas especificamente aos Municípios, maiormente aquelas previstas nos incisos III a IX do artigo 30 da Constituição Federal, assim definidas:

Art. 30: Compete aos Municípios:

(...)

III - instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei;

IV - criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual;

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;

VI - manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental.

VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;

VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;

IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual”

No tocante as competências legislativas do Município, destaca-se a seguinte classificação com base em dispositivos constitucionais:

a) expressa e exclusiva: é a competência atribuída pela Constituição Federal apenas ao Município para legislar em matérias como (i) organização política e administrativa, através de lei orgânica (artigo 29, caput, combinado com o artigo 18); (ii) interesse local (artigo 30, I); (iii) impostos municipais (artigo 156) e (iv) plano diretor e zoneamento urbano (artigo 182, §1º).

b) suplementar: estabelece competir aos Municípios suplementar a legislação federal e a estadual no que couber (artigo 30, II, da Constituição Federal).

“No que couber” norteia a atuação municipal, balizando-a dentro do interesse local. Importante observar, ainda, que tal competência se aplica, também, às matérias do artigo 24, suplementando as normas gerais e específicas, juntamente com outras que digam respeito ao peculiar interesse daquela localidade.

Sobre a competência suplementar, Regina Maria Macedo e Nery Ferrari (2003) defendem que:

Possui também *competência suplementar* o Município, conforme determina a atual Constituição (art. 30, II) quando dispõe que compete ao Município “suplementar a legislação federal e a estadual no que couber”. É interessante ressaltar que a forma como foi redigido o dispositivo constitucional nos leva a admitir que essa suplementação é apenas complementar, ou seja, tem o sentido de adaptação da legislação federal e estadual às peculiaridades ou realidades da comuna.

3 A COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO PARA LEGISLAR EM MATÉRIA AMBIENTAL

Inaugurado um novo tempo com a Constituição Federal de 1988, atribui-se também ao Município a competência material e legislativa acerca da proteção ambiental, notadamente para dar efetividade ao disposto no seu artigo 225, que, como visto, prevê que “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 preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

O exercício das competências constitucionais (legislativas

e executivas) em matéria ambiental, respeitados os espaços político-jurídicos de cada ente federativo, deve rumar para a realização do objetivo constitucional expresso no art. 225 da CF/88, inclusive sob a caracterização de um *dever de cooperação* entre os entes federativos no cumprimento dos seus deveres de proteção ambiental. Isso implica a adequação das competências constitucionais ambientais ao *princípio da subsidiariedade*, conforme trataremos de forma detalhada à frente, enquanto princípio constitucional implícito no nosso sistema constitucional, o qual conduz à descentralização do sistema de competências e ao fortalecimento da autonomia dos entes federativos inferiores (ou periféricos) naquilo em que representar o fortalecimento dos instrumentos de proteção ambiental e dos mecanismos de participação política, ensejando a caracterização do *princípio do federalismo cooperativo ecológico*” (SARLET, 2017, p. 51)

Embora a previsão da atribuição, de forma genérica, ao Poder Público, do dever de defender e preservar o meio ambiente, o Legislador constituinte, no artigo 23 da Constituição Federal, criou também a competência material comum a todos os Entes Federativos de proteção do meio ambiente, preservação das florestas, faunas e flora.

A competência atribuída no referido artigo constitucional refere-se a “competência para dispor sobre atribuições de ordem administrativa”, conforme leciona Professor Toshio Mukai (2010, p. 21).

Complementa, o festejado autor, que:

Neste tipo de competência, de acordo com o vetor disposto no Parágrafo Único do art. 23, só cabe a atuação compartilhada, ou seja, em termos de cooperação. Portanto, aqui se trata de resolver questões administrativas ambientais, no sentido de solucionar, com recursos financeiros e pessoal, os problemas ambientais que envolvam a construção de obras, tais como estações de tratamento de esgotos, implantação de aterros sanitários etc. Se se tratar de atuação a título de exercício do poder de polícia, somente se justificará a invocação do art. 23, se respeitadas as competências privativas; um ente se dispuser a colaborar com outro, nos estudos técnicos e jurídicos para os licenciamentos pelo órgão competente privativamente. (MUKAI, 2010, p. 22)

Como defendido acima, no parágrafo único do seu artigo 23, a constituição consagrou um federalismo cooperativo e participativo, visando o desenvolvimento sustentável.

Nessa perspectiva, a Lei Complementar Federal nº 140, de 2011, ao regulamentar no plano infraconstitucional a competência executiva (ou material) em matéria ambiental estabelecida no artigo 24, incisos VI, VII e VIII, da Constituição Federal consagra, no seu artigo 3º, como objetivos

fundamentais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: “proteger, defender e conservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, promovendo a gestão descentralizada, democrática e eficiente (SARLET, 2017, p. 51).

De outro lado, por certo, para a efetividade de ações administrativas no tocante à proteção ambiental, é indispensável que os municípios possam inovar na ordem jurídica, logo, legislar, sobre o tema, a fim de criar obrigações e impor sanções aos seus infratores.

É fato, que a Constituição Federal deu aos municípios competência para legislar em matéria ambiental, conforme defendido nos parágrafos seguintes,

Ao dispor sobre a competência legislativa, em seu artigo 24, a Constituição a atribuiu de forma concorrente à União, Estados e Distrito Federal, não a atribuindo aos Municípios expressamente.

Assim, da leitura dos incisos do citado, observamos que cabe apenas aos referidos entes legislar sobre:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

[...]

VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;

VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;

VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

[...]

Segundo Édis Milaré, no âmbito da legislação concorrente, deverá prevalecer a legislação da União, no que concerne à regulação de aspectos de interesse nacional, com o estabelecimento de normas gerais endereçadas a todo o território nacional, e que não poderão ser contrariadas pelas normas estaduais e municipais (MILARÉ, 2009, p. 192).

Contudo, como visto acima, o legislador constitucional, no artigo 30, previu que compete aos Municípios legislar sobre assuntos de i) **interesse local** e ii) **suplementar a legislação federal e a estadual no que couber**, dentre outros assuntos, o que poderá resultar em normas mais restritivas visando a proteção ambiental consagrada no artigo 225 da Constituição Federal, com fundamentos em peculiaridades locais.

No tocante à competência para legislar sobre “interesse local”, Professor Toshio Mukai leciona que:

Em inexistindo legislação de normas gerais (repetimos, constantes de leis formais) nem de âmbito federal, nem de âmbito estadual, o Município tem competência privativa e incondicionada para legislar sobre a proteção ambiental de âmbito local (art. 30, I, da CF).” (2010, p. 37)

O interesse local caracteriza-se pelo **princípio da predominância do interesse local**. Esse interesse local, vale salientar, diz respeito às **peculiaridades** e às **necessidades ínsitas à localidade** ou, por outros termos, refere-se àqueles interesses mais diretamente ligados às necessidades imediatas do município, ainda que repercutem regional ou nacionalmente (LENZA, 2010, p. 368)

Vale mencionar comentários do Ministro Gilmar Mendes (2012, p. 885/886) quanto a essa matéria:

As competências implícitas decorrem da cláusula do art. 30, I, da CF, que atribui aos Municípios “legislar sobre assuntos de interesse local”, significando interesse predominantemente municipal, já que não há fato local que não repercuta, de alguma forma, igualmente, sobre as demais esferas da Federação.

Consideram-se de interesse local as atividades, e a respectiva regulação legislativa, pertinentes a transportes coletivos municipais, coleta de lixo, ordenação do solo urbano, fiscalização das condições de higiene de bares e restaurantes, entre outras.

Nesse sentido, já se manifestou o Pleno do Supremo Tribunal Federal:

O Município é competente para legislar sobre meio ambiente com União e Estado, no limite de seu interesse local e desde que tal regramento seja e harmônico com a disciplina estabelecida pelos demais entes federados (art. 24, VI, c/c 30, I e II, da CRFB). [RE 586.224, rel. min. Luiz Fux, j. 5-3-2015, P, DJE de 8-5-2015, Tema 145.]

O interesse local do município para legislar acerca da matéria ambiental, conforme pode ser extraído das lições acima expostas, não é um interesse “específico” apenas, de forma que ele estaria engessado apenas a legislar em uma ou outra peculiaridade, mas sim caracterizado *pela predominância e não exclusividade de interesse, sendo a diferença em grau e não de substância*.

Entretanto, o fato de o art. 24 da Constituição Federal ter estabelecido uma competência concorrente entre União e Estados-membros, determinando a edição de norma de caráter genérico pela primeira e de

caráter específico na segunda hipótese, definiu que o sistema formado pela combinação da legislação estadual com a edição de um diploma legal federal traduz a disciplina de todos os interesses socialmente relevantes para os temas elencados no citado dispositivo. Assim, não caberia ao município legislar acerca do tema “meio ambiente”, posto que, editada a norma federal e a estadual, sobraria-lhe apenas a competência legislativa no caso de haver um interesse predominante.

Portanto, em conclusão, quando o Supremo Tribunal Federal diz que o município pode legislar sobre meio ambiente com União e Estado, no limite de seu interesse local, esse “interesse” deve ser específico (não exclusivo).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em julgados recentes, tem reconhecido a competência do Município para legislar sobre meio ambiente de forma concorrente com a União e os Estados-membros, quando há interesse local, inclusive para impor limitações e restrições, observadas às normas expedidas pela União e Estados.

Nesse sentido, transcrevemos a ementa dos seguintes acórdãos do referido Tribunal de Justiça:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Pretensão que envolve a Lei nº 4.859/2015 do Município de Suzano, a qual “institui o programa municipal de incentivo ao tratamento e reciclagem de óleos e gorduras de origem vegetal ou animal e uso culinário, e dá outras providências” – Interesse local dentro das atribuições constitucionais do município – Competência para legislar sobre meio ambiente que é concorrente de todos os entes federativos e que pode ser exercida, de forma geral e abstrata, tanto pelo Poder Legislativo quanto pelo Poder Executivo – Inconstitucionalidade não configurada – Regulamentação de tema dentro dos limites da atuação do poder – Ação improcedente.

(TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2246771-62.2016.8.26.0000; Relator (a): Alvaro Passos; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo - N/A; Data do Julgamento: 26/04/2017; Data de Registro: 10/05/2017)

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei n. 14.179/18 do Município de Ribeirão Preto, que “dispõe sobre a disponibilização de recipientes para recolhimento de medicamentos vencidos, não utilizados ou fora de condições de uso em farmácias e drogarias” – COMPETÊNCIA LEGISLATIVA MUNICIPAL – Há interesse local na definição de regras limitadoras da liberdade no âmbito da proteção ao meio ambiente –

Medidas de proteção ao meio ambiente que devem ser adequadas à realidade local – Atendimento ao princípio federativo (artigo 1º da Constituição do Estado de São Paulo) – Legislação sobre matérias vinculadas à proteção ambiental apenas suplementar, respeitadas as normas estaduais existentes – Ação julgada improcedente.

(TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2132267-72.2018.8.26.0000; Relator (a): Moacir Peres; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo - N/A; Data do Julgamento: 30/01/2019; Data de Registro: 31/01/2019)

No que tange a **competência suplementar**, prevista no artigo 30, inciso II, da Constituição Federal, ela confere ao município a prerrogativa constitucional de suplementar a legislação federal e estadual, no que couber, ou seja, o município pode suprir as omissões e lacunas da legislação federal e estadual, **sem obviamente contraditá-las**. Tal competência, como visto, aplica-se também às matérias elencadas no artigo 24 da Constituição Federal (LENZA, 2010, p. 368).

A competência suplementar se exerce para regulamentar as normas legislativas federais e estaduais, a fim de atender, com melhor precisão, aos interesses surgidos das peculiaridades locais.

Nessa ordem de ideias, vale destacar que vige o princípio *in dubio pro nature*, segundo o qual caso duas normas em matéria ambiental estejam em conflito prevalecerá a que for mais benéfica em relação à natureza. Esse, aliás, é o princípio que norteia a o exercício do poder de polícia em matéria ambiental, na forma da Lei Complementar Federal nº 140, de 2011.

Logo, diante da insuficiência da proteção da norma federal ou estadual, o município poderá até mesmo impor regramentos mais protetivos e eficazes ao meio ambiente, corolário este decorrente do princípio da *atuação insuficiente*, conforme leciona Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer (2017, p. 247).

Trata-se de desdobramento de outra manifestação do princípio da precaução que, por defender que o mais importante é impedir que o dano ambiental aconteça, entende que a legislação ambiental mais restritiva deve ser a acolhida porque essa é uma maneira de evitar possíveis degradações.

Inegável o mister imposto aos municípios. E não poderia ser diferente, posto que é nesse local em que as pessoas vivem e realizam suas atividades

Vale citar as palavras de Sandra Krieger Gonçalves (2003, p. 107/108), que muito bem pontuou tal assertiva:

Não se pode olvidar que na pirâmide do Estado Federado,

a base, o bloco modular é o município, pois é nesse que reside a convivência obrigatória dos indivíduos. É nesta pequena célula, que as pessoas exercem os seus direitos e cumprem suas obrigações; é onde se resolvem os problemas individuais e coletivos. Está no Município a escola da democracia. É no Município que se cuida do meio ambiente; é nele que se removem os detritos industriais e hospitalares e se recolhe o lixo doméstico; é nele que as pessoas transitam de casa para o trabalho nas ruas e avenidas, nos carros, coletivos e variados meios de transporte. É no Município que os serviços públicos são prestados diretamente ao cidadão; é nele que os indivíduos nascem e morrem. Para regular tão extenso âmbito de fatores e relações, outorgou a Constituição de 1988, ao legislador local, a competência legislativa sobre a vida da comunidade, voltada às suas próprias peculiaridades, através da edição de normas dotadas de validade para esse ordenamento local. A expressão haurida do texto constitucional tem, como sobejamente dito e repetido, a limitar seu âmbito de aplicação, a regra constitucional da competência, sem cuja interpretação sistemática destinaria toda análise do tema ao fracasso. Isto porque, no âmbito geral, enquanto a competência federal privativa é numerada pela Constituição de 1988, a estadual é residual e a municipal é expressa, mas não numerada, gravitando em torno do conceito operacional de interesse local (sem grifos no original).

Hodiernamente, acentuou-se essa competência, diga-se, obrigatoriedade, diante da vivência no território municipal da grande gama dos problemas relativos ao mau trato ambiental.

Ademais, a função social da cidade somente se satisfaz se, na legislação municipal, maiormente sobre o ordenamento do solo, for exigido e fomentado o desenvolvimento com sustentabilidade.

Por isso, com o advento do Estatuto da Cidade (Lei Federal nº 10.257, de 2001), ganhou ainda mais destaque, a obrigatoriedade de os municípios legislarem acerca da matéria ambiental, em especial no que diz respeito ao ordenamento do solo, a luz das competências definidas no artigo 30, VIII, e artigo 182, ambos da Constituição Federal, os quais também atribuem a concepção de meio ambiente em sentido amplo, abarcando os recursos naturais, o meio artificial urbano (equipamentos, residências, comércios, indústrias), as interações sociais e culturais (patrimônio artístico, cultural, histórico, paisagístico, arqueológico, entre outros).

Nesse sentido, o Estatuto da Cidade previu em seu artigo 2º as diretrizes para a política urbana municipal, sendo que em seu art. 39 impôs que, na elaboração de seu Plano Diretor, os municípios devem respeitar

algumas diretrizes, entre elas a de fundamentar a necessária legislação ambiental municipal na forma prevista no inciso XII do artigo 2º:

XII – proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico;

Nessa perspectiva, o Professor Toshio Mukai (2010, p. 57) desenvolveu em sua obra a indicação de um conteúdo provável da “Lei Ambiental Municipal”, destacando, dentre outros, como “instrumentos da Política Municipal do Meio Ambiente”:

o zoneamento ambiental, sistema de informações ambientais, um Fundo Ambiental (exigência do Estatuto das Cidades), forma de compensação pelo dano e pelo uso de recursos ambientais, o controle e o monitoramento e licenciamento de atividades, processos e obras que causem ou possam causar impactos ambientais; as penalidades administrativas, estas após criarem as hipóteses de infrações ambientais; as medidas destinadas a promover pesquisa e a capacitação tecnológica orientada para a recuperação, preservação e melhoria da qualidade ambiental; a educação ambiental e os meios destinados à conscientização pública.”

Toshio Mukai (2010, p. 149) recomenda que os Municípios devem ter um Código Ambiental e criar uma estrutura orgânica de controle e informação ambiental, bem como nomear e capacitar técnicos, assegurar participação social e fomentar educação ambiental.

Não resta dúvida que o Município tem o dever de legislar em matéria ambiental, seja para atender ao interesse local específico, seja para suplementar a legislação federal no intuito de dar maior efetividade à proteção ambiental em seu território, assegurando o máximo de participação popular e os estudos técnicos que permitam decisões que diminuam o risco de dano ao meio ambiente.

A codificação das normas ambientais ou o seu tratamento segmentado em razão da matéria deverá ser avaliada por cada Município, mediante juízo de conveniência e oportunidade e as peculiaridades locais, mas atentando-se sempre para a indisponibilidade e supremacia do interesse público e para a necessidade de promover o desenvolvimento sustentável em sua tridimensionalidade consagrada na Constituição Federal.

Nesse sentido, por exemplo, a legislação urbanística tem relação intrínseca com o exercício da competência do Município em matéria ambiental, haja vista que o zoneamento do solo, os parâmetros de uso e ocupação e a utilização dos instrumentos urbanísticos são indispensáveis para a promoção da sustentabilidade, na medida em que podem fomentar

o crescimento econômico e o desenvolvimento social no meio urbano e rural, mas também são essenciais para estabelecer limites ou incentivos para a proteção do meio ambiente.

Além do ordenamento do solo, é possível enumerar diversas outras matérias nas quais o Município poderia legislar sobre meio ambiente visando promover o desenvolvimento sustentável, com destaque para manejo de resíduos sólidos, plano municipal de abastecimento e saneamento, planos de mobilidade urbana e criação de obrigações ou tipificação de infrações administrativas com previsão de sanções em legislação própria, como regras para publicidade, extração de árvores, poluição sonora, queimadas e uso de fogos de artifício, bem como por meio de leis de fomento, que garantam benefícios pelo uso solo de forma mais favorável à sustentabilidade, como isenções tributárias, subvenções, assistência técnica, entre outros.

CONCLUSÃO

1. A Constituição Federal propõe um desenvolvimento em sentido tridimensional: de maneira a compatibilizar a viabilidade econômica, a ambiental e a político-social.

2. A dimensão ambiental do desenvolvimento sustentável está na Constituição Federal na ordem econômica (artigo 170 e seguintes), no conteúdo da função social da propriedade urbana e rural (artigos 182 e 186) e no capítulo sobre o meio ambiente (artigo 225).

3. Considerando a repartição de competência entre os entes federativos, é certo que os Municípios possuem competência material e legislativa para legislar sobre meio ambiente, devendo atentar-se para a necessidade de criar normas e ações que fomentem o desenvolvimento sustentável.

4. Diante da crise ambiental e dos seus efeitos em âmbito local, até pelo fato deles decorrem de comportamentos antrópicos sentidos diretamente pelas pessoas próximas, como a poluição visual e sonora e o congestionamento de veículos no meio urbano, bem como a alta produção de resíduos e de impermeabilização do solo, é dever do Município criar normas, estrutura física e de pessoal e programas de proteção ambiental, buscando, essencialmente a sustentabilidade das atividades desenvolvidas no seu território e o bem estar da sua população.

BIBLIOGRAFIA

BENJAMIN, A. H. . Função ambiental. In: _____ (Org.). Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão. São Paulo: RT, 1993.

_____. Meio ambiente e Constituição: uma primeira abordagem. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL, 6., 2002, São Paulo. 10 anos da Eco 92: o direito e o desenvolvimento sustentável. Anais... São Paulo: Imesp, 2002.

CANOTILHO, J. J. G. Direito constitucional e teoria da Constituição. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998a.

_____. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada. LEITE, J. R. M.; FERREIRA, H. S. (Org.). Estado de direito ambiental: tendências. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. Nosso futuro comum. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 1991.

DERANI, C. Direito Ambiental Econômico. 2. ed. São Paulo: Max Limonds, 2001.

GRAU, E. R. A ordem econômica na Constituição de 1988. São Paulo: RT, 1991.

LENZA, P. Direito Constitucional Esquematizado. 14. Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

MACHADO. P. A. L. Estudos de Direito Ambiental. 11. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

MACEDO, R. M. M; FERRARI, N. Controle da Constitucionalidade das Leis Municipais. 3ª ed. São Paulo: RT, 2003.

MENDES, G. F.;BRANCO, P. G. Curso de Direito Constitucional. 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

MILARÉ, E. Direito do ambiente. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.

MONTIBELLER-FILHO, G. O mito do desenvolvimento sustentável: meio ambiente e custos sociais no moderno sistema produtor de mercadoria. 2. ed. rev. Santa Catarina: Ed. UFSC, 2004.MUKAI, TOSHIO, DIREITO AMBIENTAL SISTEMATIZADO.4 ED. RIO DE JANEIRO: Forense Universitária, 2002.

MUKAI, T. *Direito Ambiental Municipal*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SACHS, I. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. Org. Paula Yone Stroch. Rio de Janeiro: Gamond, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Princípios do direito ambiental*. 2ed. Saraiva: São Paulo, 2017.

SILVA, J. A. S. *Direito ambiental constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

VEIGA, J. E. *Meio ambiente & desenvolvimento*. São Paulo: Ed. SENAC, 2006. (Série meio ambiente, v. 5).

VIEIRA, P. *Meio ambiente, desenvolvimento e planejamento*. In: _____; et al. *Meio ambiente, desenvolvimento e cidadania: desafios para as ciências sociais*. 2. ed. São Paulo: Cortez; Florianópolis: Ed. UFSC, 1998.

CAPÍTULO 5

A IMPRECISÃO ACERCA DO SISTEMA REMUNERATÓRIO DO SERVIDOR

ANA MARIA PEDREIRA

Advogada, pesquisadora e professora universitária, pós-doutoranda em Antropologia pela PUCSP, doutorado concluído em Direito de Estado pela Universidade de São Paulo-USP em regime de co-tutela com a Universidade de Salamanca-USAL, mestrado em Direito Administrativo pela Universidade de São Paulo, especialista em Direito e Processo do Trabalho (PUCSP), MBA em Direito e Gestão Educacional (EPD), especialista em Direito Empresarial (Instituto Mackenzie), autora de livros e diversos artigos.

RUBENS FERREIRA JUNIOR

Advogado, e professor universitário, especialista em direito Tributário pela COGEAE/PUC-SP, mestre em Direito Administrativo pela PUC-SP, doutorando em Direito Constitucional Tributário pela Pontifícia Universidade Católica – PUCSP, mestrado em Direito Tributário pela (PUCSP), autor de livros e diversos artigos.

EUDES VITOR BEZERRA

Pós Doutor em Direito pela UFSC; Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP; Coordenador do curso de Direito da Uninove.

INTRODUÇÃO

Se as palavras existem para exprimir a natureza das coisas, a maioria vocábulos não poderia ter mais de um sentido, pois isso induz o receptor a uma enorme, e muitas vezes, confusão insolúvel.

Paulo de Barros Carvalho ensina que:

“Existem fatores que distorcem, dificultam ou retardam o recebimento da mensagem, tecnicamente denominados “ruídos”. A ambiguidade e a vaguidade, por exemplo, são problemas semânticos existentes onde houver linguagem. Um termo é vago quando não existe regra que permita decidir os exatos limites para sua aplicação, havendo um campo de incertezas relativa ao enquadramento de um objeto na denotação correspondente ao signo. Já a ambiguidade é o caso de incertezas designativas, em virtude da coexistência de dois ou mais significados[...]”¹

A vantagem de ter uma palavra para cada figura, instituto ou situação seria a imensa clareza na compreensão das ideias, por outro lado a desvantagem se funda no fato de que o léxico seria infinito, impossibilitando, invariavelmente a apreensão de sua totalidade.

A Hermenêutica², palavra cuja origem grega traz o significado de arte ou técnica de interpretar e explicar um texto ou discurso, detém a tarefa inglória de dar clareza à comunicação, na medida em que, aliada à semiótica³ traduz a essência das ideias. No campo do Direito Administrativo é recorrente a utilização de institutos, palavras e conceitos oriundos de outros ramos da ciência do Direito que por acomodação foram apropriadas pelo Direito Administrativo.

Exemplos mais comuns e recorrentes são os institutos, cuja gênese encontram-se no Direito Civil ou Penal, mas que foram incorporados ao Direito Administrativo, com a única diferença de serem revestidos pelo peculiar “regime jurídico administrativo”. A Responsabilidade Civil do

1. CARVALHO, Paulo de Barros. O sobreprincípio da Segurança Jurídica e a revogação de normas tributárias. In: _____ et al. Crédito-prêmio de IPI: estudos e pareceres. Barueri: Manole, 2005, p 22-23.v.3.
2. O sentido original do vocábulo (hermenêutica) estava relacionado com a Bíblia, sendo que neste caso consistia na compreensão das Escrituras, para compreender o sentido das palavras de Deus. Hermenêutica também está presente na filosofia e na área jurídica, cada uma com seu significado. Segundo a filosofia, a hermenêutica aborda duas vertentes: a epistemológica, com a interpretação de textos e a ontológica, que remete para a interpretação de uma realidade.
3. A semiótica inclui o estudo de sinais e processos de signos, indicação, designação, semelhança, analogia, alegoria, metonímia, metáfora, simbolismo, significação e comunicação.[3] A tradição semiótica explora o estudo de signos e símbolos como parte significativa das comunicações. Diferentemente da linguística, entretanto, a semiótica também estuda sistemas de signos não-linguísticos.

Estado, os bens públicos, os contratos administrativos, os crimes praticados contra a Administração Pública, os atos administrativos, e assim por diante, são elementos adotadas pelo Direito Administrativo, nasceram, moldaram-se e desenvolveram seus conceitos e suas características muito antes do surgimento do Direito Administrativo.

Tais considerações se fazem necessárias para que possamos compreender com maior acuidade o tema central deste artigo, qual seja, o sistema remuneratório dos servidores do Estado, abarcando a Administração Pública (Executivo), a atividade jurisdicional e seus colaboradores administrativos (Judiciário), assim como o corpo parlamentar e seus auxiliares administrativos (Legislativo).

1 CRITÉRIOS DE ABRANGÊNCIA DOS TERMOS

Sendo “acepção” o **sentido em que se emprega uma palavra**, que pode conter várias interpretações dependendo do contexto em que ela está inserida, **é a compreensão**, o entendimento, o significado que transporta a ideia para o mundo real.

A acepção da palavra pode ser *própria ou figurada*. Na frase “A Administração Pública está afogada na lama de corrupção”, na acepção figurada, a interpretação seria que a Administração Pública possui uma incidência muito grande de casos de corrupção. Na acepção própria, a compreensão seria que Administração Pública estaria submergindo sem chance de sobreviver, em barro líquido. A palavra “afogada” seria interpretada literalmente, ou seja, na sua acepção própria.

No âmbito do sistema de retribuição remuneratória dos servidores do Estado, a doutrina e a jurisprudência utilizam-se os termos como, por exemplo: *remuneração, vencimentos, subsídios, proventos, vantagens, Adicionais, Gratificações, etc.* Não é incomum o emprego desses termos, de forma genérica ou mesmo equivocada.

Sem ter a intenção de tornar a narrativa extensa e enfadonha, apresentamos algumas considerações que se mostram relevantes e que merecem profunda reflexão, pois vem resvalar em discussões muito mais palpitantes, como por exemplo: a corrupção, o nepotismo, prevaricação, concussão, etc.

2 O REGIME DE SUBSÍDIOS

A Emenda Constitucional 19 e 20, de 1998, e 41 de 2003, incorporaram o sistema remuneratório de subsídios para agentes públicos restando a previsão no artigo 37 – XI da Constituição da República⁴. A este despeito não prevê de forma precisa a definição do conceito de subsídio tendo em vista o caráter eminentemente prescritivo da legislação, este conceito ficou relegado a ciência do Direito, neste teor “Subsídio é à forma remuneratória de certos cargos, por força da qual sua respectiva retribuição efetua-se por meio dos pagamentos mensais de parcelas únicas, ou seja indivisas e insuscetíveis de acréscimos de quaisquer espécies”⁵.

Resta claro que a modalidade subsídio é uma das categorias de remuneração básica do servidor ao lado dos vencimentos – ou o chamado vencimento-padrão - preceituado pelo Estatuto funcional federal⁶. A terminologia subsídio na acepção de contraprestação pelo trabalho teve seu ingresso com a Emenda Constitucional nº19/98⁷.

É importante destacar que a modalidade subsídio nos termos do artigo 39, §4^o da Constituição da República de 1988 denota parcela única sendo vedado acréscimo pecuniários de quaisquer ordem, seja por via adicionais ou gratificações, mas obviamente, a análise do referido dispositivo legal não pode ficar a cargo da simples leitura do texto, uma análise sistêmica é necessária sob pena de gerar diversas injustiças impondo ao servidor restrições de direitos fundamentais de cunho social, daí a ressalva do §3^o do mesmo artigo, possibilitando a aplicação de diversos incisos do artigo 7^o da Carta Constitucional de 1988.

4. BRASIL. Constituição, 1988. “Art. 37 [...] XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional 19, de 1998)
5. cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 279).
6. Art 40 , lei 2112/90
7. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. P.563
8. § 4º O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI
9. IV - salário mínimo , fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas

A fixação de subsídios dos Deputados, Senadores, Presidente e Vice-Presidente da República, bem como dos Ministros de Estado, está fixada nos termos do artigo 49, VII e VIII¹⁰. Existe aqui o notório atentado à teoria dos freios e contrapesos no que se refere a remuneração dos membros do Legislativo Federal, tendo em vista que a entidade que prevê aumento ou diminuição do subsídio é o próprio Congresso Nacional sem necessidade de sanção presidencial haja vista a competência exclusiva do Parlamento na forma do mesmo enunciado normativo.

Evidentemente que tal hipótese poderá gerar uma série de abusos, pois quem decidirá qual valor adequado pela prestação do trabalho é o próprio agente público, não bastasse o exposto, existem precedentes¹¹ considerando que o rol do artigo 7º não seria taxativo mesmo a despeito a Constituição prescrever de forma translúcida o termo “parcela única”, a vênua dos

necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável; VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria; IX - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; XII - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei; XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos; XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal; XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias; XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei; XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

10. Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: VII - fixar idêntico subsídio para os Deputados Federais e os Senadores, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) VIII - fixar os subsídios do Presidente e do Vice-Presidente da República e dos Ministros de Estado, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
11. ADMINISTRATIVO – SERVIDOR PÚBLICO – REGIME REMUNERATÓRIO – ADICIONAL DE INSALUBRIDADE – VANTAGEM PREVISTA NA LC nº 31/2013 – ADMISSIBILIDADE. 1. A legislação local pode atribuir aos servidores públicos direitos além daqueles previstos no art. 39, § 3º, CF. Rol que não é taxativo, mas exemplificativo. 2. Adicional pago aos servidores municipais que exercem atividade considerada insalubre. Laudo pericial que constatou a exposição habitual a agentes nocivos à saúde em grau médio (20%). Previsão legal constante na LCM nº 31/2013. 3. Nos termos do julgamento do Tema 810 do Colendo STF, sobre o crédito oriundo de relação jurídica não-tributária incidem juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança e atualização monetária pelo IPCA-E. Reexame necessário desacolhido, com observação. (TJ-SP 10055372120158260038 SP 1005537-21.2015.8.26.0038, Relator: Décio Notarangeli, Data de Julgamento: 27/11/2017, 9ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 27/11/2017)

direitos sociais previstos na Constituição são situações extraordinárias na sistemática do regime de subsídios, não devendo o interprete se valer de hipóteses excepcionais para justificar sua ampliação. O sistema de subsídios deve ser entendido como um contrato preestabelecido¹², um bloco único de vantagens a serem percebidas pelo servidor, interpretar de forma diversa, seguramente, gera ônus ao erário, importando em menos recursos para serem aplicados nos objetivos da República¹³.

Não bastasse a celeuma instaurada, o conceito de subsídio, ainda traz certa confusão no que tange às verbas de caráter indenizatório, se por um lado os agentes que devem ser remunerados por subsídios não fazem jus a nenhum tipo de vantagem, de outro revés, poderão beneficiar-se livremente verbas de caráter indenizatório, tais como: auxílio moradia, auxílio paletó, auxílio alimentação, auxílio transporte/carros oficiais e demais montantes no mesmo sentido.

A título de exemplo levantamento feito pelo portal da Folha de São Paulo¹⁴ atualizado até agosto de 2018 concluiu que cada deputado, anualmente, poderá levantar como forma de verbas de caráter indenizatório – não incluídos reembolsos médicos que poderão ser livremente requeridos nem gastos com carros oficiais – a marca anual de R\$1.801.654,63 (um milhão oitocentos e um mil seiscientos e cinquenta e quatro reais e sessenta e três centavos) por deputado, multiplicado este valor por 513 (quinhentos e treze) que é o número de deputados alocados no Congresso hodiernamente, chega-se ao montante de R\$ 924.248.825,19 (novecentos e vinte e quatro milhões duzentos e quarenta e oito mil oitocentos e vinte e cinco reais e dezenove centavos).

Não bastasse a problemática traçada em notória fraude à norma constitucional, algumas destas verbas denotam natureza remuneratória, porém a lei às atribui como caráter indenizatório, o que significa que não estão sujeitas à tributação, a luz do imposto de renda, justamente por não corresponder ao conceito de “renda” prevista na legislação.

12. Cf. SILVA, Clarissa Sampaio. Direitos Fundamentais e Relações Especiais de Sujeição: O Caso dos Agentes Públicos. Belo Horizonte:Forum, 2009

13. 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.

14. Disponível no sítio: < <https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/cada-deputado-custa-r-2-milhoes-por-ano/> > acesso em 24 de janeiro de 19.

Conforme já alertamos em trabalho diverso¹⁵, um dos grandes problemas das carreiras voltadas aos agentes públicos são as disparidades de remunerações entre elas, havendo verdadeiras “castas” de agentes os quais recebem remuneração desarrazoada comparativamente ao quadro burocrático de médio e baixo escalão, o que denota não apenas desconfiança, mas descrédito nos Poderes constituídos já que o trabalho remunerado em valores tão exorbitantes rechaça qualquer ideal de espírito republicano que deve estar imbuído em cada agente público para o próprio desenvolvimento da “coisa pública”.

Em contrapartida, deve-se analisar o outro extremo, grupo de compõe o baixo escalão está alijado a níveis que fogem das condições mínimas de razoabilidade. É o caso da situação prevista na súmula vinculante 16, onde entendimento exarado pelo pretório excelso ao afirmar que as vantagens devem ser computadas para fins de atendimento a finalidade prevista no artigo 7º IV, atenta contra o próprio princípio do devido escalonamento das carreiras, isto porque para que se perfaça um sistema funcional de quadros nos moldes burocráticos, tem-se o salário base e este deve se desenvolver conforme o padrão para que tenha congruência entre as classes da carreira.

Admitir que se aufera vantagens para fins de subsunção do direito salarial mínimo é analisar o direito fundamental de forma amesquinhada, contrariando toda a atual teoria dos direitos humanos, em lógica garantista, a fim de dar eficácia máxima aos direitos individuais, com o objetivo de promover a auto determinação do indivíduo.

3 VENCIMENTO E SUA FEIÇÃO ALIMENTAR

O direito à contraprestação monetária pelo exercício do cargo, também designado do direito ao *estipêndio*, via de regra, corresponde ao direito ao vencimento, sendo a retribuição relativa ao padrão (piso salarial) fixado em lei. De acordo com Edmir Netto de Araújo¹⁶, fazer referência a “vencimento”, não é o mesmo que dizer remuneração, pois esta se caracteriza pela retribuição em virtude do efetivo exercício, mais as parcelas de produtividade atribuídas por lei.

Não obstante, o uso contínuo e ostensivo da palavra “remuneração” como termo genérico para abranger “vencimento” somado às vantagens

15. FERREIRA JR. Rubens. Estruturação da Administração Pública frente ao Regime de cargo: Novos parâmetros para uma antiga ideia. 252f. Dissertação de Mestrado (Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2017.

16. ARAÚJO, Edmir Netto de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Ed. Saraiva, 2018, 8ª ed, pg. 396.

pecuniárias atribuídas em lei, terminou por se consolidar, de forma definitiva, no artigo 41 da Lei 8.112/90, senão vejamos:

Art. 41. Remuneração é o vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei.

§ 1º **A remuneração** do servidor investido em função ou cargo em comissão será paga na forma prevista no art. 62.

§ 2º O servidor investido em cargo em comissão de órgão ou entidade diversa da de sua lotação receberá a **remuneração** de acordo com o estabelecido no § 1o do art. 93.

§ 3º O vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens de caráter permanente, é irredutível.

§ 4º É assegurada a isonomia de vencimentos para cargos de atribuições iguais ou semelhantes do mesmo Poder, ou entre servidores dos três Poderes, ressalvadas as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou ao local de trabalho.

§ 5º Nenhum servidor receberá **remuneração** inferior ao salário mínimo. **Grifo nosso.**

O legislador infraconstitucional poderá, observado o grau de responsabilidade e complexidade dos cargos da carreira dos servidores públicos, os requisitos da investidura e as peculiaridades do cargo, fixar os padrões de vencimentos do sistema remuneratório, estabelecendo a relação entre a maior e menor remuneração do servidor, observando que o limite máximo para a maior remuneração do cargo de cada carreira é o subsídio mensal, em espécie, dos ministros do STF.

4 AS “VANTAGENS” PECUNIÁRIAS

Vantagens pecuniárias é uma expressão utilizada no serviço público para designar de forma genérica parcelas remuneratórias, que acrescidas ao vencimento, compõe a remuneração total do servidor. São espécies do gênero remuneração, as seguintes vantagens remuneratórias: gratificações pessoais, adicionais, abonos, verbas de representação, entre outras.

O regime de parcela única do subsídio exclui as gratificações, adicionais, abonos, verbas de representação e outras espécies remuneratórias. Tais vantagens ou benefícios são aplicáveis apenas aos servidores enquadrados no regime de “vencimentos”, respeitando-se o teto de “vencimentos” referido no artigo 37, XI, da CF/1988.

A gratificação é a retribuição monetária como extensão das atribuições próprias do cargo, ou pelo desempenho de função de confiança, ou ainda

em virtude de condições pessoais do servidor, não dependem do exercício do cargo ou função, e integram o patrimônio funcional do trabalhador (ex.: 13º salário, salário-família e o salário-esposa). Contudo, é usual que, após certo lapso de tempo, determinadas gratificações sejam, por força de lei, incorporadas definitivamente à remuneração do servidor (ex.: gratificação de representação e determinados adicionais).

Edmir Netto de Araújo¹⁷ considera a gratificação de exercício da função as de representação (exercício de cargo em comissão ou pela prestação de serviço especial ou extraordinário). Entretanto a Lei 8.112/90 denomina tal verba como “adicional”.

O cargo em comissão dispensa a investidura por concurso público, são dados às pessoas da confiança da autoridade, não faz parte da carreira do servidor, pois quando nela é investido, não tem direito assegurado a ocupar um cargo em comissão. Da mesma forma é a função comissionada, ocupada por poucos servidores concursados, adstrito àqueles da confiança da autoridade a que auxilia.

Quanto aos “adicionais”, essa categoria de natureza jurídica Remuneratória é definida como sendo a retribuição para o servidor como extensão das atribuições próprias do cargo, em decorrência do tempo de serviço, das condições especiais da prestação de serviços ou mesmo da natureza especial da função, que por tal motivo representam uma compensação para aquele trabalhador que está exposto a maiores gravames pelo exercício das suas atribuições, ou ainda remunerar melhor atividades técnicas ou científicas, ou ainda aqueles que se mantêm por mais tempo no exercício do cargo.

Também é direito do servidor público, assim como dos trabalhadores em geral, adicionais em virtude da exposição do obreiro aos riscos da função, tais como insalubridade, periculosidade e penosidade, assim como o adicional noturno e o trabalho extraordinário, conforme previsto no artigo 7º, incisos XXIII, IX w XVI, a Constituição /federal de 1988. Com exceção do adicional por trabalho extraordinário, todos os outros citados, também são válidos para aqueles enquadrados no regime de subsídios.

Recentemente os brasileiros assistiram a campanha midiática contra o auxílio-moradia dos juízes. A demonização do benefício auferido pelos juízes a título de auxílio-moradia trouxe à lume a questão da remuneração dos servidores e as manobras utilizadas para aumentar a remuneração de servidores sem a existência de lei específica.

17. ARAÚJO, Edmir Netto de. Curso de Direito Administrativo. 8 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2018, pg. 408.

A grande questão a ser analisada reside no fato de que as vantagens pecuniárias são manejadas pelo próprio poder público, de maneira espúria, na medida em que proporciona o aumento da remuneração do servidor, por ausência da elaboração de lei que autorize aumento do vencimento-padrão.

As vantagens deveriam servir como ferramenta de modulação remuneratória entre os servidores, mas seu manejo é exercido de forma distorcida, beneficiando agentes públicos que não poderiam auferir aquela remuneração determinada.

5 AS DIÁRIAS E INDENIZAÇÕES

As indenizações e as diárias que também tem natureza indenizatória, estão previstas em vários dispositivos legais, como por exemplo o artigo 51, II da Lei 8.112/90, que considera tais categorias como direitos decorrentes de fatos específicos, no exercício do cargo ou em decorrência dele.

Muito embora a doutrina mais respeitada considere as várias hipóteses de ressarcimento de gastos em decorrência do exercício funcional que podem acarretar o pagamento de indenizações, no nosso entendimento, tais despesas seriam apenas e tão somente “reembolso” de despesas, como por exemplo, uso de transporte próprio, ressarcido em regime de quilometragem, danos ou prejuízos suportados em decorrência do exercício do cargo, hospedagem ou refeição e transporte para realização de atividades relacionadas ao desempenho da função, etc.

Não estão excluídos os pagamentos de indenizações e diárias ou ressarcimento de despesas, para aqueles que estão enquadrados no regime de subsídios.

CONCLUSÃO

O tema em questão é bastante polêmico e sensível, na medida em que, o sistema remuneratório dos servidores não são de fácil compreensão para o cidadão comum, que em última análise, tem direito de saber quanto custa aos cofres públicos as despesas com pessoal.

A publicação da remuneração dos servidores em sítios na internet, tem causado grande desconforto e um embate no campo jurídico porque tem-se de um lado o direito do cidadão à informações sobre a gestão pública, por outro lado, aqueles que se sentem desconfortáveis, alegam

que há uma violação do direito à privacidade e à intimidade garantido constitucionalmente.

O princípio da publicidade não é novidade para o mundo jurídico, entretanto nos dias atuais fala-se com frequência em princípio da transparência, como se fosse algo novo. Por óbvio que a população tem direito de saber de que forma o erário público está sendo gerido, não há dúvidas, mas falta maturidade no campo da cidadania, provocando reações despropositadas da sociedade ao ter acesso à remuneração de certos agentes, sem levar em conta vários fatores, entre eles, a qualificação técnica e experiência do servidor.

Sempre que a mídia noticia aumento de remuneração de parlamentares ou membros do Judiciário, há grande polêmica em torno do tema, gerando revolta na população que tem o sentimento de injustiça social, de favorecimentos de alguns servidores, parece que há uma defesa de interesses próprios.

Na realidade, a Constituição Federal garante aos servidores públicos em geral, que seus subsídios não podem sofrer redução (artigo. 37, inciso XV). Resta saber se se trata de proteção do valor nominal ou do valor real de compra. O que distingue uma coisa da outra é a inflação, ou seja a elevação dos preços de produtos e serviços, como forma de compensar a desvalorização monetária. Desta forma,, sempre que houver inflação sem a correspondente reposição remuneratória, os servidores e agentes públicos, de maneira geral, sofrem redução de salário.

A Constituição também assegura que os servidores públicos, têm direito à revisão geral anual de salários, desde que estabelecida em lei específica (art. 37, inciso X). Isto é, a cada 12 meses, para que não haja redução da remuneração, deve haver reposição das perdas decorrentes da inflação. Contudo, essa reposição não é automática, porque depende da existência de lei específica que a autorize. Empregados públicos ou particulares estão protegidos por uma regra constitucional da **irredutibilidade salarial, ou seja, da impossibilidade de reduzir os seus rendimentos.**

Baseado nessas duas normas, o Supremo Tribunal Federal entendeu que, se não houver lei que estabeleça revisão salarial, a simples manutenção do valor nominal dos salários assegura a garantia de sua irredutibilidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Edmir Netto de. Curso de Direito Administrativo. 8 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2018.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015,

CAETANO, Marcello. Princípios Fundamentais do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

. Manual de Direito Administrativo. 9. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1970.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

CARVALHO, Paulo de Barros. O sobreprincípio da Segurança Jurídica e a revogação de normas tributárias. In: _____ et al. Crédito-prêmio de IPI: estudos e pareceres. Barueri: Manole, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CRETELLA JR., José. Curso de Direito Administrativo. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

. Droit Administratif Comparé. São Paulo: Ed. USP, 1973.

DALLARI, Adilson Abreu. Aspectos jurídicos da licitação. 4ª edição. São Paulo. Saraiva, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

FERREIRA JR. Rubens. Estruturação da Administração Pública frente ao Regime de cargo: Novos parâmetros para uma antiga ideia. 252f. Dissertação de Mestrado (Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2017.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramon. Curso de derecho administrativo. 10. ed. Madrid: Civitas, 2000. v. 1.

GRAU. Eros Roberto. Licitação e Contrato Administrativo. (estudos sobre a interpretação da lei. São Paulo: Malheiros Ed., 1995.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Ed., 1994.

_____, Lúcia Valle. Direitos dos licitantes. São Paulo: Malheiros Ed., 1994.

GORDILLO, Agustín. Tratado de derecho administrativo. 4. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1997. t. 1.

. Tratado de Derecho Administrativo. 4. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998. t. 2.

LAUBADÉRE, André de. Traité élémentaire de droit administratif. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1953.

LAZZARINI, Álvaro. Estudos de Direito Administrativo. 2ª edição. Ed. Revista dos Tribunais.1999.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

. Direito Administrativo em Evolução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro., atual. por Eurico Andrade Azevedo, Décio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Ed., 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Ed., 2010.

_____.Preferências em licitação para bens e serviços fabricados no Brasil e para empresas brasileiras de capital nacional. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo. Nº 27/1999, p.5-10

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Princípios Gerais de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. 2.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. Do Espírito das Leis. Tradução Cristina Murachco. 2. ed., 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional Administrativo. São Paulo: Atlas, 2002.

. Constituição do Brasil interpretada. São Paulo: Atlas, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 12. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

RIVERO, Jean; WALINE, Jean. Droit administrative. 18. éd. Paris: Dalloz, 2000.

SILVA, Clarissa Sampaio. *Direitos Fundamentais e Relações Especiais de Sujeição: O Caso dos Agentes Públicos*. Belo Horizonte: Forum, 2009

CAPÍTULO 6

O DIREITO ADMINISTRATIVO COMUNITÁRIO EUROPEU: RUMO AO DIREITO ADMINISTRATIVO GLOBAL

CARLOS JOSÉ TEIXEIRA DE TOLEDO

Procurador do Estado de São Paulo. Professor das disciplinas Direito Constitucional e Direito Administrativo da UNINOVE e da Universidade São Judas Tadeu. Mestre e doutorando em Direito pela Universidade de São Paulo. Registro que minha primeira atividade profissional, no início dos anos 90, foi na Consultoria da Editora NDJ, onde tive o prazer de atuar sob a supervisão dos melhores administrativistas do país, dentre os quais, o Prof. Toshio Mukai, o que aumenta a satisfação e a honra em participar dessa obra coletiva em sua homenagem.

INTRODUÇÃO

O empalidecimento da ideia de Estado-Nação, enfraquecida pela concorrência de interesses distintos entre organismos multilaterais, conglomerados mundiais, centros de expertise e organizações não-governamentais, em um ambiente de afirmação do capitalismo global e de seu característico “espaço de fluxos”¹, obriga os estudiosos do direito público a repensar as categorias tradicionais de suas disciplinas.²

Nesse contexto, emerge um novo campo de estudo de direito público, dedicado a compreender as mudanças que a nova realidade global provoca nas práticas de governança e, por consequência, no direito administrativo.

1. Termo cunhado por Manuel Castells, apud BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. Estado de crise. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 21.
2. Vide, a propósito da reestruturação do capitalismo e seu impacto no campo jurídico: FARIA, José Eduardo - Direito e Conjuntura. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Sob a denominação “GAL – Global Administrative Law” – tal campo de estudo vem sendo impulsionado por juristas como Sabino Cassese, Benedict Kingsbury e Richard Stewart, sob a chancela de organizações como o Institute for International Law and Justice - IILJ (EUA) e Istituto di Ricerche sulla Pubblica Amministrazione –IRPA (Itália)³.

Em razão de sua natureza precursora, a experiência peculiar da União Europeia é especialmente valiosa para compreender como emergem novos arranjos institucionais – organizacionais e jurídicos – capazes de superar de a visão tradicional do direito público, atrelada à concepção de soberania estatal e de atuação administrativa *intra muros*.

O intuito desse artigo é sintetizar os elementos essenciais do direito administrativo comunitário europeu, apontando aspectos que podem ser úteis à compreensão e ao manejo do direito administrativo que venha a ser produzido em âmbito transnacional.⁴

1 A FORMAÇÃO DA UNIÃO EUROPEIA ENQUANTO ORDEM JURÍDICA SUPRANACIONAL

A União Europeia não é simplesmente um aglomerado diplomático de Estados-nações, pois embora sua natureza jurídica seja controversa,⁵ ela é, inequivocamente – e nisso reside sua originalidade – uma ordem jurídica supranacional, decorrente da integração dos Estados-membros em torno de um mercado comum e com a criação de um “um espaço de liberdade, segurança e justiça sem fronteiras internas, em que seja assegurada a livre circulação de pessoas.”⁶

Essa organização supranacional, inédita em termos históricos, consolidada pelo Tratado de Maastricht (1992), é herdeira de diversos

3. Uma bibliografia dos estudos realizados nesse campo está disponível em: <<http://www.iilj.org/wp-content/uploads/2016/08/GAL-Bibliography-June-2006.pdf>>. Acesso em: 09 nov. 2016.
4. Um exemplo recente de diploma internacional que caminha na direção do estabelecimento de arranjos administrativos transnacionais: a Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária, produzida sob o patrocínio da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico - OCDE e promulgada pelo Decreto n° 8.842, de 29 de agosto de 2016.
5. A propósito de sua natureza, o juspublicista alemão Hartmut Maurer esclarece que “a união europeia (ainda) não é estado federal (jurídico-estatal), mas também não mera confederação (de direito internacional público), porém uma organização intermediária de tipo peculiar. O tribunal constitucional federal expressa essa posição intermediária pelo conceito ‘união de estados’ (BVerfGE 89, 155, 184 ff.), que, todavia, tomado em si, ainda não admite conclusões jurídicas”. (Direito Administrativo Geral. Tradução Luís Afonso Heck. São Paulo: Manole, 2006, p. 31).
6. Trecho do item 2 do art. 3° do Tratado da União Europeia, em sua redação atual.

esforços empreendidos no pós-guerra, para fins de promover a segurança da Europa Ocidental, resultando da fusão das várias organizações e iniciativas de colaboração em âmbito europeu⁷. Seu pilar central, de natureza econômica, surgiu muitos anos antes, por meio da criação de um mercado comum, a partir da constituição da Comunidade Econômica Europeia, pelo Tratado de Roma, em 1957. Os outros dois pilares estabelecidos em Maastricht, em que a dimensão de supranacionalidade não era tão aprofundada, diziam respeito a criação de uma Política Externa e de Segurança Comum e à Cooperação Policial e Judiciária em Matéria Penal.

A União Europeia, em sua versão atual, dada pelo Tratado de Lisboa de 2007, acaba por unificar em um único sistema os três pilares estabelecidos em Maastricht, consolidando assim as várias vertentes da política comum de seus Estados Membros, todavia mantendo vários níveis de integração, sendo que o nível mais aprofundado se dá nas matérias consideradas de competência exclusiva, especialmente nos aspectos relativos ao funcionamento do mercado comum.

O reconhecimento da existência de uma dimensão supranacional, derogatória das disposições do direito interno dos Estados Membros se deu especialmente em razão da jurisprudência produzida pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias⁸, que já na década de 60, no famoso precedente *Van Gend em Loos* afirmava que

a Comunidade constitui uma nova ordem jurídica de direito internacional, a favor da qual os Estados limitaram, ainda que em domínios restritos, os seus direitos soberanos, e cujos sujeitos são não só os Estados-membros, mas também os seus nacionais. Por conseguinte, o direito comunitário, independente da legislação dos Estados-membros, tal como impõe obrigações aos particulares, também lhes atribui direitos que entram na sua esfera jurídica.⁹

7. Destacam-se nesse percurso: a criação da Organização Europeia de Cooperação Econômica (Convenção de Paris, 1948), que veio a dar origem à OCDE (Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico); no mesmo ano, a criação, para fins de cooperação em matéria de defesa da União da Europa Ocidental – UEO (Tratado de Bruxelas); a constituição da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (Tratado de Paris, 1951), cuja concepção econômica foi posteriormente aprofundada e complementada pela constituição da Comunidade Econômica Europeia (Tratado de Roma, 1957); na mesma ocasião, foi criada a Comunidade Europeia de Energia Atômica (EURATOM); o Acordo de Schengen (1985), envolvendo membros da CEE e outros países, visando a constituir um espaço de livre circulação para os cidadãos dos signatários.

8. Antiga denominação do atual Tribunal de Justiça da União Europeia.

9. Excerto do acórdão exarado em: *Van Gend em Loos*, 26/62, 5 fev. 1963; outro precedente relevante na afirmação do caráter supranacional do direito comunitário, vide *Costa c/ ENEL*, 6/64, 15 de julho 1964. Acórdãos disponíveis em: <https://e-justice.europa.eu/content_ecli_search_engine-430-pt.do>. Acesso em: 30 out. 2016.

Tal orientação consagra a *aplicação direta* do direito comunitário, considerada, nas palavras do doutrinador luso João Mota de Campos, um

princípio essencial da ordem jurídica comunitária, com o fundamento de que a plena eficácia (o *efeito útil*) dos Tratados Comunitários exigia que os agentes econômicos do mercado comum – trabalhadores assalariados, industriais e comerciantes, profissionais independentes ... – se não visse impossibilitados de *invocar perante as jurisdições nacionais* as disposições dos Tratados e dos atos normativos das Instituições Comunitárias e de fazer valer, nas suas relações recíprocas e em face dos próprios Estados, os direitos que nesses textos jurídicos pudessem fundar.¹⁰

Também se afirma, a partir de tais decisões do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, o *princípio da primazia* do direito comunitário, pelo qual a norma comunitária tem, nas matérias de competência definidas nos tratados da UE, prioridade aplicativa sobre qualquer outra norma nacional, seja de nível constitucional, legal ou regulamentar.¹¹

Todavia, para entender como se dá tal aplicação, é preciso compreender o sistema de fontes jurídicas estabelecido no âmbito da União Europeia.

2 FONTES JURÍDICAS DA UNIÃO EUROPEIA

O direito comunitário europeu pode ser compreendido como um ordenamento piramidal, no qual as fontes primárias ou originárias são os Tratados firmados pelos Estados-Membros. Com o Tratado de Lisboa (2007), tais fontes primárias foram consolidadas em três documentos, a saber:

a) o Tratado da União Europeia (TUE)– composto de 55 artigos, estabelece de forma bastante sumária as finalidades, a estruturação orgânica

10. Campos, João Mota de. Direito comunitário. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1994, v. II, p.233.

11. Enterría e Fernández assim explicam esse fenômeno: “Esta primazia, afirmada desde o primeiro momento com especial ênfase pelo Tribunal de Justiça (na Sentença Costa-ENEL, reiteradamente citada), quis ser justificada por alguma jurisprudência nacional no suposto caráter constitucional dos Tratados comunitários; contudo, uma vez mais, parece superior, a título de explicação, o critério da competência, ao qual entre nós dá cobertura específica o art. 93 da Constituição. A questão, a partir desta perspectiva, é mais que de primazia, de ‘atribuições específicas’, como observou corretamente Teitgen. Quando ocorre uma transferência ou cessão de competências para órgãos supranacionais, como atualmente dispõe o art. 93, os órgãos nacionais deixam de ser competentes para regular as matérias assim transferidas. As duas ordens jurídicas são, pois, paralelas e não superpostas” (García de Enterría, Eduardo. Fernández, Tomás-Ramón. Curso de direito administrativo. Tradutor José Alberto Froes Cal. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2015. v. I, p. 172).

da UE, regras básicas de funcionamento de suas instituições e de exercício de suas competências;

b) o Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE) – derivado do antigo Tratado da Comunidade Europeia e composto de 358 artigos, tal documento dispõe, de forma mais detalhada, sobre as regras de funcionamento de cada uma das instituições europeias e estabelece os lineamentos básicos sobre as políticas públicas a serem empreendidas no âmbito da UE.

c) a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) – nascida originariamente como norma derivada, foi adotada com *status* de tratado em Lisboa e estabelece os direitos fundamentais dos cidadãos europeus e deve ser observado tanto em nível nacional como em nível supranacional. Não deve ser confundido com a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, documento internacional autônomo ao qual a União Europeia aderiu – mas que também é objeto de adesão por diversos de seus Estados-membros – e que possui sistema próprio de tutela, baseado na jurisdição da Corte Europeia de Direitos Humanos.

As fontes derivadas ou secundárias do direito comunitário, diretamente mencionadas no TFUE¹² são:

a) os Regulamentos – normas de caráter geral, obrigatórias em todos os seus elementos, e diretamente aplicáveis em todos os Estados-Membros. Não dependem de processo de internalização, portanto, para aplicação em âmbito nacional pelos membros da UE.

b) as Diretivas – normas de caráter vinculante para o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios de implementação, o que deve ser feito mediante legislação própria dos membros da UE.¹³

c) as Decisões – são normas de caráter individual, adotadas para impor a aplicação das normas gerais, sendo obrigatórias para os Estados-membros para os quais são dirigidas. O Tribunal de Justiça reconhece um

12. TFUE, art. 216 e 288.

13. Não obstante sejam dependentes de internalização pela legislação nacional, Enterría e Fernández apontam que o Tribunal estabeleceu na sua jurisprudência que uma diretiva tem um efeito direto quando as suas disposições são incondicionais e suficientemente claras e precisas, e quando o país da UE não tiver transposto a diretiva no prazo previsto (acórdão de 4 de dezembro de 1974, Van Duyn). No entanto, o efeito direto só pode ser vertical; os países da UE têm a obrigação de aplicar as diretivas, mas não podem invocá-las contra os particulares (acórdão de Facini Dori, de 14 de julho de 1994) (Op. cit., p. 170).

efeito direto apenas vertical (acórdão de 10 de novembro de 1992, *Hansa Fleisch*).

d) os Acordos Internacionais celebrados pela União Europeia, considerados necessários para alcançar um dos objetivos estabelecidos pelos Tratados ou quando tal celebração esteja prevista num ato juridicamente vinculativo da União, ou seja, suscetível de afetar normas comuns ou alterar o seu alcance. Eles vinculam a União Europeia e seus Estados-Membros e o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias reconheceu, no acórdão *Demirel* de 30 de setembro de 1987, um efeito direto para determinados acordos, segundo os mesmos critérios aplicados no acórdão *Van Gend en Loos*.¹⁴

e) As recomendações e os pareceres não são vinculativos. Constituem, junto com outros materiais produzidos pelas instituições europeias, tais como memorandos, relatórios, livros brancos (*whitepapers*), orientações (*guidelines*) etc., a chamada *soft law*, que, apesar de seu caráter não obrigatório, muitas vezes é observada na atividade de interpretação e aplicação das demais normas.

Além dos documentos normativos acima mencionados, também são fontes do direito europeu:

f) Os *princípios gerais de direito*, que são afirmados a partir da jurisprudência do Tribunal de Justiça da UE, a partir de princípios gerais de direito internacional e também da releitura de princípios que advêm da tradição jurídica dos Estados-Membros, à luz dos objetivos da UE.

g) atos delegados – são atos não legislativos de aplicação geral que completam ou alteram elementos não essenciais dos atos legislativos e são produzidos pela Comissão¹⁵ por delegação do Parlamento Europeu ou do Conselho;¹⁶

f) atos de execução - são adotados pela Comissão ou, em certos casos, pelo Conselho, quando for necessário fixar condições uniformes de execução dos atos juridicamente vinculativos da UE. A Comissão, no exercício dessa

14. “Uma disposição de um acordo concluído pela Comunidade com um país terceiro deve ser considerada como sendo diretamente aplicável sempre que, atendendo aos seus termos, bem como ao objeto e à natureza do acordo, estabelecer uma obrigação clara e suficientemente determinada, que não esteja subordinada, na sua execução ou nos seus efeitos, à intervenção de qualquer ato posterior” (excerto extraído do item 14 do acórdão).

15. A Comissão Europeia compõe, com o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia o “*triângulo institucional*”, sistema peculiar de governança da UE, que se distancia enormemente dos esquemas governativos tradicionais baseados na separação de poderes. Para uma visão didática do funcionamento de tais instituições, vide François d’Arcy, *União Europeia: instituições, políticas e desafios*. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2002.

16. TFUE, art. 290.

competência, atua coadjuvada por comitê de representantes dos Estados-membros – procedimento que é conhecido como “Comitologia”.

Embora tenha havido um esforço de simplificação do conjunto de atos normativos e não-normativos, a partir da Declaração de Laeken sobre o futuro da União Europeia (2001), não há dúvida de que se trata de um sistema normativo complexo e por vezes de difícil compreensão para o leigo, ainda mais se considerarmos que ele funciona concomitantemente à legislação nacional e às produções normativas locais (regiões, províncias, estados, cidades, etc.).

Ademais, conforme nos alerta Jürgen Schwarze, no tocante ao direito administrativo europeu:

Only small parts of European administrative law, in the sense of an administrative law for the European Union, are laid down in the written sources of European Community law. Even today, around half a century after the first Community treaty came into force, the European Community still lacks a coherent and comprehensive set of codified rules of administrative law. Given the sketchy nature of written law, case law in the Community has a particular significance especially in the area of administrative law. By far the greatest number of legal principles governing administrative activity that are recognized today in Community law originate in the creative law-making process of the European Court of Justice.¹⁷

3 O DIREITO ADMINISTRATIVO DA UNIÃO EUROPEIA

A própria existência da União Europeia como ordem jurídica autônoma impõe um questionamento à tradição do direito administrativo, vinculada fortemente à ideia de soberania estatal e a relações verticais de autoridade.

Conforme aponta Sabino Cassese, ao estudar as transformações por que passa a disciplina:

These developments require administrative law scholarship to be denationalized. Thus far, nationalism has been the prevailing mode through which administrative law scholarship has been conducted. But, as common core principles have developed at the national, transnational, and global levels, administrative law scholarship must give up this traditional nation-based approach.¹⁸

17. Schwarze, Jürgen. “*Enlargement, the European Constitution, and Administrative Law*”. *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 53, Issue 4 (October 2004), p. 969-70.

18. Cassese, Sabino. “*New paths for administrative law: A manifesto*”. *International Journal of*

Antes, porém, de analisar os aspectos mais problemáticos da aplicação do direito administrativo comunitário e do possível choque com as tradições jurídicas nacionais, é necessário esclarecer de que forma se desenvolvem as competências da UE em âmbito administrativo.

Nesse tocante, é interessante observar que a aplicação do direito administrativo europeu se dá em diversos níveis distintos e pode implicar no jogo de complexas relações jurídicas, que podem ser assim discriminadas de forma simplificada:

a) relações de governança interna – ou seja, envolvendo questões de divisão de competências administrativas e de regras procedimentais no tocante ao processo de tomada de decisões no âmbito da UE e do relacionamento administrativo entre seus vários órgãos internos e agências;

b) relações da UE com seus colaboradores – envolvendo as regras jurídicas e contratuais que regem a atividade dos funcionários da UE e das pessoas jurídicas contratadas para desenvolver atividades (obras, serviços, etc.) em favor da UE.

c) relações da UE com os Estados-membros – que tanto podem envolver processos de imposição das normas e decisões comunitárias como relação de colaboração e incentivo, dentro das competências estabelecidas nos tratados da UE.

d) relações da UE com cidadãos europeus – seja em razão do exercício direto de políticas públicas pela UE – por exemplo, por meio de programas de ajuda – seja pela participação em processos administrativos de produção de normas (*rulemaking*), e também pelo acesso à jurisdição europeia por meio dos sistemas nacionais de justiça, haja vista o já mencionado *efeito direto* das normas comunitárias.

Ademais, no âmbito da produção de normas administrativas, é necessário observar que o direito administrativo fornece a base procedimental para distintas competências regulatórias que envolverão outras disciplinas juspublicísticas, como o direito ambiental, sanitário, urbanístico, consumerista, econômico, etc.

De maneira geral, pode-se dizer que as competências em âmbito administrativo previstas nos tratados da UE envolvem:

I – A produção de atos legislativos e administrativos voltados à autorregulação da própria UE e de seus órgãos e agências;

II – A produção de atos legislativos e administrativos voltados às matérias de competência exclusiva¹⁹ ou partilhada definidas no TFUE²⁰; nesse âmbito se observa o aspecto mais relevante da atuação administrativa da UE, ao produzir a regulação em diversas matérias que necessitam de tratamento uniforme (matérias de competência exclusiva) ou harmonizado (matérias de competência partilhada) no âmbito comunitário.

III – A produção de atos legislativos e administrativos voltados ao exercício das políticas próprias da UE, relacionadas às matérias enumeradas entre as competências de apoio.²¹

Cabe observar que o exercício de tais competências, especialmente no tocante àquelas de caráter não exclusivo e que implicam na convivência com as competências dos Estados-membros, está sujeito a dois princípios fundamentais previstos no artigo 5.º do Tratado da União Europeia:

a) *proporcionalidade*: o conteúdo e a forma de ação da UE não devem exceder o necessário para alcançar os objetivos dos tratados;

b) *subsidiariedade*: no âmbito das suas competências não exclusivas, a UE intervém apenas se — e na medida em que — o objetivo de uma ação considerada não puder ser suficientemente alcançado pelos países da UE, podendo, contudo, ser mais bem alcançado ao nível da União Europeia.

4 O IMPACTO DO DIREITO COMUNITÁRIO SOBRE O DIREITO ADMINISTRATIVO NACIONAL

Como é de se imaginar, várias questões surgiram, ao longo dos anos em que o direito comunitário se afirmou, referente aos conflitos entre as normas produzidas no âmbito europeu e as regras nacionais, não obstante a *primazia do direito comunitário* tenha sido afirmado desde os primeiros precedentes do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias.

Assim é que a dúvida sobre a derogabilidade da norma comunitário por lei nacional posterior foi superada pelos julgados daquela Corte²²,

19. TUE, art. 3º.

20. TUE, art. 4º.

21. TFUE, art. 6º.

22. Acórdão Simmenthal, de 9 de março de 1978: “o Juiz nacional encarregado de aplicar, no âmbito de sua competência, as disposições do Direito Comunitário, tem a obrigação de garantir o pleno efeito destas normas, deixando de aplicar, se assim for preciso, em virtude de sua autoridade ínsita, toda disposição contrária da legislação nacional, inclusive posterior, sem que para isso tenha de requerer ou aguardar sua prévia exclusão, pela via legislativa ou por qualquer outro procedimento constitucional” (parágrafo 24 da decisão).

Cabe observar que no âmbito da jurisdição interna, tal solução não foi recebida sem alguma contestação. Até 1989 o Conselho de Estado francês resistiu a essa interpretação, o que

e da mesma forma se afirmou a inaplicabilidade de norma do direito constitucional nacional em matéria que os tratados atribuam à disciplina pelo direito comunitário.²³ Em relação à proteção dos direitos fundamentais, o Tribunal de Justiça admite a precedência do direito nacional apenas quando aplicável o princípio da subsidiariedade e o direito nacional oferece um padrão de maior proteção.²⁴

Um aspecto importante a ser destacado no desenvolvimento do direito administrativo comunitário europeu é que ele envolve ao mesmo tempo normas de direito material e normas de caráter procedimental.

Como a maior parte das normas vinculantes produzidas no âmbito da União Europeia é veiculado por meio de diretivas, normas de conteúdo finalístico, em que remanesce para o Estado-Membro destinatário a discricionariedade – legislativa e administrativa – quanto à forma e aos meios de alcançar os resultados ali impostos, isso implica no exercício de competência das autoridades nacionais nos aspectos procedimentais relativas à implementação do direito comunitário.

Assim, não obstante envolvam a aplicação das normas comunitárias, as regras internas relativas à atribuição de competência – por exemplo, a atribuição de competências administrativas às comunidades locais – não são derogadas. Portanto, enquanto no aspecto material, as normas nacionais são objeto de *controle de convencionalidade*, no âmbito formal, em regra, far-se-á *controle de constitucionalidade e legalidade*.²⁵

somente foi superado com o acórdão denominado Nicolo, que instaurou o controle de convencionalidade das leis posteriores pelos juízes nacionais. (Cf. Almeida, Domingos Augusto Paiva de. “Direito Administrativo”, in: Costa., Thales Morais da (org.). Introdução ao Direito Francês. Curitiba: Juruá, 2009, vol. 1, p. 273).

23. Acórdão Krizan e.a. de 15 de janeiro de 2013: “[...] resulta de jurisprudência assente que não se pode admitir que a unidade e a eficácia do direito da União sejam postas em causa por normas de direito nacional, mesmo que sejam de ordem constitucional (acórdãos de 17 de dezembro de 1970, Internationale Handelsgesellschaft, 11/70, Colet. 1969-1970, p. 625, n.º 3, e de 8 de setembro de 2010, Winner Wetten, C-409/06, Colet., p. I-8015, n.º 61). De resto, o Tribunal de Justiça já declarou que os referidos princípios se aplicam nas relações entre um órgão jurisdicional constitucional e todos os demais órgãos jurisdicionais nacionais (acórdão de 22 de junho de 2010, Melki e Abdeli, C-188/10 e C-189/10, Colet., p. I-5667, n.os 41 a 45)”. (§ 70 do acórdão).

Também aqui se percebe alguma resistência das Justiças Nacionais em reconhecer a primazia do direito comunitário em face de normas constitucionais. Na França, o Conselho Constitucional ainda afirma a prevalência de disposições expressas e específicas da Constituição e busca absorver as normas comunitárias no âmbito do chamado bloco de constitucionalidade (Almeida, op. cit., p. 275). Na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal vem adotando uma posição reservada em relação aos tratados comunitários, especialmente à luz dos limites de integração previstos na Lei Fundamental (Maurer, op. cit., p. 32).

24. Acórdão Kerberg, de 26 de fevereiro de 2013 e Acórdão Melloni, de 26 de fevereiro de 2013.

25. Cf. Enterría e Fernández, op. cit., p. 175. No mesmo sentido, Almeida, op. cit., p. 275.

Todavia, o direito comunitário não é destituído de normas de caráter procedimental, muito pelo contrário. A mais reconhecida contribuição do direito comunitário no âmbito procedimental é o reconhecimento, na Carta de Direitos Fundamentais, do *direito fundamental à boa administração*, assim exposto:

Artigo 41. Direito a uma boa administração:

1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições, órgãos e organismos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável.
2. Este direito compreende, nomeadamente:
 - a) O direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afete desfavoravelmente;
 - b) O direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito pelos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial;
 - c) A obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões.
3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da União, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respetivas 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 dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua.

Cabe observar que o âmbito primário de aplicação de tal direito fundamental diz respeito às relações que envolvam diretamente os cidadãos europeus e as “instituições, órgãos e organismos” da União Europeia.

Todavia, os princípios que conduzem a processualidade administrativa no âmbito comunitário não estão totalmente isentos de aplicação no contexto nacional, especialmente quando as decisões das autoridades nacionais possam ocasionar conflito com os interesses e objetivos comunitários.

Hartmut Maurer, ao comentar o entrelaçamento entre as normas comunitárias e o direito nacional, esclarece:

Como, porém, o direito material a ser aplicado – aqui como também de costume – influi sobre o direito procedimental, também o direito procedimental administrativo nacional é modificado correspondentemente, enquanto se trata da efetivação de direito comunitário. Por isso, em todo caso, é possível que o funcionário administrativo alemão, no caso concreto, tenha de aplicar não somente

normas jurídicas alemãs e jurídico-comunitárias, mas em sua aplicação, também deve observar o direito procedimental administrativo alemão modificado juridico-comunitariamente.²⁶

De maneira mais pragmática, George A. Bermann observa que não é realista esperar que autoridades nacionais observem um conjunto de normas procedimentais para implementar o direito comunitário e outro conjunto para implementar a legislação nacional, o que conduz inevitavelmente para uma intromissão do direito comunitário no âmbito da implementação pelos Estados-membros.²⁷

A necessidade de observância de princípios básicos de harmonização com o direito comunitário vem sendo objeto de vários julgados do Tribunal de Justiça da UE, enfocando especialmente a garantia do direito, em favor do interessado, de expor suas razões e de que elas sejam devidamente consideradas pela autoridade administrativa, bem como o dever de motivação das decisões²⁸ e o dever de implementar as normas comunitárias de maneira efetiva e de maneira não discriminatória em relação aos procedimentos adotados em âmbito nacional (princípios da efetividade e de equivalência).²⁹

Essa harmonização pressupõe, por vezes, a derrogação de normas e práticas jurídicas adotadas no âmbito dos procedimentos nacionais, por exemplo: a) restringindo o alcance de princípios administrativos, como o princípio da confiança legítima na estabilização dos efeitos de atos administrativos;³⁰ b) alterando os critérios de proteção jurídica individual, em vista do alargamento da noção de *direito subjetivo* na aplicação das normas comunitárias;³¹ c) ampliando as regras de responsabilização estatal;³² d) uniformizando regimes de contratações públicas, de maneira a favorecer a concorrência no âmbito do mercado comum;³³

26. Op. cit., p. 33.

27. “A restatement of European administrative law”. In: Rose-Ackerman, Susan; Peter L. Lindseth (orgs.) Comparative administrative law. Edward Elgar Publishing, 2010, p. 601.

28. Vide uma coletânea de tais decisões em Vanice Regina Lírio do Valle, Direito Fundamental à Boa Administração e Governança. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 67-75.

29. Vide acórdão Deutsche Milchkontor v. Germany, de 21 de setembro de 1983, especialmente §§ 17 e 19.

30. Vide acórdão Alcan, de 20 de março de 1997.

31. Cf. Maurer, que aponta tal impacto no direito administrativo alemão, que trabalha com um conceito mais restrito de direito subjetivo, que deve ter base em normas materiais de atribuição de direitos, com a noção mais elástica do direito comunitário, que apenas exigem que haja impacto individual e imediato na situação do sujeito (op. cit., p. 187-8).

32. Idem, p. 922-930.

33. Vide Diretiva 2014/24/UE de 26 de fevereiro de 2014

e) em suma, favorecendo um cultura jurídica de *legalismo adversarial*,³⁴ com traços de maior transparência, formalização, participação e controle nos procedimentos administrativos, eliminando ou reduzindo a unilateralidade, a informalidade e a opacidade nos processos decisórios das autoridades nacionais.³⁵

5 A UNIFORMIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO: OS DESAFIOS DA TRANSNACIONALIDADE

Os traços já delineados permitem observar, no tocante à experiência da União Europeia, que o direito administrativo comunitário está em constante processo de alargamento, propiciando uma harmonização das disposições administrativas nacionais, não apenas no âmbito das regras de direito material, mas também no tocante aos procedimentos administrativos, reduzindo assim o espaço discricionário das autoridades nacionais.

Essa tendência expansionista do direito comunitário decorre do próprio aprofundamento da integração europeia – e também de seu alargamento territorial, haja vista que a admissão de países que possuem tradições administrativas diversas gera a contraposta tendência de estabelecer padrões comuns que permitam a coesão e a coerência do sistema jurídico comunitário. Nesse aspecto, é curial que tão ou mais importante do que a definição das regras gerais de conduta é estabelecer a maneira pela qual são implementadas ao nível do chão.

A experiência europeia de criação de um direito administrativo supranacional poderia ser apenas um objeto curioso de estudo, não fosse ela valiosa como laboratório para a compreensão de mudanças que já estão

34. Termo cunhado por Robert Kagan. A propósito do conceito, vide seu artigo: “*Should Europe Worry About Adversarial Legalism?*”. Oxford journal of legal studies, 1997, vol. 17, issue 2, p. 165 -183. Uma abordagem mais recente sobre o tema se encontra em Keleman, R. Daniel. *Adversarial legalism and administrative law in the European Union*. In: Rose-Ackerman, Susan; Peter L. Lindseth (orgs.) *Comparative administrative law*. Edward Elgar Publishing, 2010, p. 606-617.

35. Um exemplo interessante foi produzido no Acórdão *Unectef vs. Georges Heynlens* (15 out. 1987), em que o Tribunal de Justiça da UE declara: “Quando num Estado-membro o acesso a uma profissão assalariada estiver subordinado à posse de um diploma nacional ou de um diploma estrangeiro reconhecido como equivalente, o princípio da livre circulação de trabalhadores consagrado pelo artigo 48.º do Tratado exige que a decisão que recusa a um trabalhador nacional de um outro Estado-membro o reconhecimento da equivalência do diploma emitido pelo Estado-membro de que é nacional seja susceptível de um recurso de natureza jurisdicional que permita verificar a sua legalidade relativamente ao direito comunitário e que o interessado possa ter conhecimento dos fundamentos subjacentes à decisão”.

ocorrendo em direção ao que vem sendo chamado de *direito administrativo transnacional*. A propósito, esclarece Erico Bitencourt Neto:

O uso do termo *transnacional* aplicado ao Direito Administrativo visa a caracterizar, principalmente: a) a ultrapassagem da base territorial e populacional dos Estados, isoladamente considerados, para a sua incidência; b) a aplicação de suas normas tanto a sujeitos privados quanto a Estados; c) a abrangência de matérias com repercussão regional ou global, vale dizer, para além do interesse exclusivo de determinado Estado.³⁶

A crescente interdependência gerada pelo processo de globalização econômica acarreta, e não é novidade dizer, um deslocamento tanto da capacidade decisória quanto do poder de imposição (*enforcement*), antes identificadas com a soberania exercida pelos Estados nacionais. Nesse contexto, parece incontornável a emergência de sistemas de governança multinível organizados em rede – ainda que em âmbito setorial, em matérias como imigração, terrorismo, segurança da Internet, etc. Para o desenho de arranjos institucionais dessa natureza, o processo de integração europeia se apresenta como um modelo precursor.

Analisando a experiência europeia, percebe-se que, entre muitos desafios que se apresentam, dois são evidentes: o *desafio da legitimidade* e o *desafio da legibilidade*.

O *desafio da legitimidade* é certamente o mais difícil e não encontra uma resposta óbvia a ser oferecida pelos juristas, embora deles também deva se esperar algumas considerações. Repousa tal desafio na dificuldade de encontrar modelos de governança compatíveis com o ideal democrático e que sejam capazes de dar conta da complexidade dos processos decisórios em âmbito supranacional. No âmbito da União Europeia, tal desafio tem tido como resposta, ao longo dos anos, a constante reformulação das normas de funcionamento da UE, de maneira a promover maior proximidade entre as instituições representativas dos Estados-membros e as instâncias decisórias da UE, além de alargar o papel do Parlamento Europeu no processo de tomada de decisão.

O *desafio da legibilidade* compete especialmente aos juristas e diz respeito à capacidade de que as normas sejam coerentes, acessíveis e compreensíveis tanto aos responsáveis por sua aplicação quanto pelos que são destinatários últimos de suas prescrições, ou seja, os cidadãos e organizações privadas

36. Neto, Eurico Bitencourt. “*Direito Administrativo Transnacional*”. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE). Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 18., mai/jun/jul. 2009

que devem pautar seu comportamento pelas disposições de âmbito supranacional.

No âmbito do direito administrativo supranacional, especialmente no tocante às regras de processo administrativo, a prática europeia se baseia na formulação de normas procedimentais de escopo limitado, não havendo uma norma legal unificadora que possa ser aplicada horizontalmente.³⁷

A existência de alguns princípios gerais – como os relacionados ao direito fundamental à boa administração já mencionado – e documentos do tipo *soft law* – como o Código de Boa Administração do Ombudsman Europeu – não são suficientes para propiciar o nível adequado de segurança jurídica e transparência que se espera para propiciar a mencionada *legibilidade* do sistema europeu, no campo do direito administrativo procedimental.

Por essa razão, iniciativas como a da Research Network on EU Administrative Law – ReNEUAL – são valiosas como esforço da comunidade epistêmica³⁸ jurídica para propiciar coerência e sistematização ao direito administrativo comunitário, em iniciativa racionalizadora que pode ser comparada à das codificações do século XIX.

Tal projeto estabelece uma consolidação de disposições do direito positivo europeu, organizadas em torno dos princípios gerais que vigoram na lei europeia, e distribuídas em seis livros,³⁹ abarcando as principais áreas em que se desenvolve a atividade processual-administrativa da UE. A escolha das normas se fez com base em pesquisas comparativas das

37. Berman, op. cit., p. 598.

38. Conforme esclarece o site do projeto: “...Research Network on EU Administrative Law (ReNEUAL) is the result of a cooperative effort by many people and institutions. ReNEUAL was set up in 2009 upon the initiative of Professors Herwig C.H. Hofmann and Jens-Peter Schneider who coordinate the network together with Professor Jacques Ziller. ReNEUAL has grown to a membership of well over one hundred scholars and practitioners active in the field of EU and comparative public law. The objectives of ReNEUAL are oriented towards developing an understanding of EU public law as a field which ensures that the constitutional values of the Union are present and complied with in all instances of exercise of public authority. It aims at contributing to a legal framework for implementation of EU law by non-legislative means through a set of accessible, functional and transparent rules which make visible rights and duties of individuals and administrations alike. The Model Rules on EU Administrative Procedure are proof that it is possible to draft an EU regulation of administrative procedures adapted to the sometimes complex realities of implementing EU law by Union bodies and Member States in cooperation.” Disponível em: <http://www.reneual.eu/images/Home/BookI-general_provision_2014-09-03_individualized_final.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2016.

39. Livro I – Parte Geral; Livro II – Processo administrativo normativo; Livro III – Processo administrativo adjudicatório; Livro IV – Processo administrativo de contratação; Livro V – Assistência Mútua; Livro VI – Gerenciamento da Informação Administrativa (tradução nossa).

melhores práticas adotadas nas diversas políticas desenvolvidas, discutidas e revisadas com ampla participação de profissionais e acadêmicos europeus.

Recentemente, o Parlamento Europeu encaminhou à Comissão Europeia – que tem a iniciativa de propositura dos regulamentos e diretivas – uma resolução enfatizando a necessidade e sugerindo a adoção de um diploma básico de procedimento administrativo.⁴⁰ Mas é certo que tal proposta não tem o aprofundamento da consolidação elaborada pelo Projeto ReNEUAL, que ainda que não venha a ser convertido em norma positiva, tende a influenciar a prática europeia, como exemplo de *soft law* produzida fora do ambiente institucional estatal.

Aliás, a abertura para fontes não estatais é um elemento peculiar e interessante do processo de surgimento de um direito administrativo global, conforme observa Sabino Cassese, ao notar que tal elemento faz com que a nova disciplina transcenda os domínios tradicionais do direito internacional e dele se diferencie. A propósito do perfil inovador do direito administrativo global, vale a transcrição:

It is now clear that global administrative law is not only global, not only administrative, and not only law. It is not only global, because it includes many supranational, regional or local agreements and authorities. It is not only administrative, because it includes many private and constitutional law elements (although the administrative component prevails, because constitutions and private regulation, involving “high politics” matters or societal interests, resist globalization). Global administrative law is not only law, because it also includes many types of “soft law” and standards.⁴¹

CONCLUSÕES

Em nosso percurso, podemos destacar os seguintes aspectos acerca do direito administrativo europeu e de sua possível contribuição para os estudos relativos à transnacionalidade do direito administrativo:

1. A organização da União Europeia se desenvolveu, a partir das Comunidades precursoras, iniciadas há quase sessenta anos, como uma entidade governamental *sui generis*, de caráter supranacional, capaz de impor seu direito próprio aos Estados partícipes, com a consequente

40. Resolução de 9 de junho de 2016, por uma Administração Europeia aberta, eficiente e independente. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu>>. Acesso em: 06 nov. 2016.

41. “Global administrative law: The state of the art”. *International Journal of Constitutional Law*, 2015, Vol. 13 (2), p. 466.

alteração da concepção tradicional de soberania herdada do modelo estatal westfaliano.

2. O direito da União Europeia se desenvolveu especialmente a partir da afirmação de princípios consagrados nos Tratados comunitários, mas também por meio da interpretação e reelaboração de tais princípios pela jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias – atualmente, Tribunal de Justiça da UE. Destacam-se o princípio da *primazia*, que sobrepõe o direito comunitário às disposições nacionais nas matérias de competência da UE e o princípio da *efetividade*, que estabelece a aplicação direta das normas europeias pelas autoridades nacionais e a possibilidade de sua invocação pelos sujeitos de direito privado.

3. As fontes jurídicas do direito comunitário retratam o complexo arranjo necessário para compatibilizar a convivência de uma ordem jurídica comum e dos ordenamentos nacionais. Além das normas primárias, contidas nos três Tratados estruturadores da UE, coexistem normas secundárias com distinta força vinculativa, de maneira a atender à necessária flexibilidade do mencionado arranjo. Avultam em importância, dentre as fontes comunitárias, as Diretivas, que estabelecem normas de conteúdo finalístico, todavia mantendo certo grau de discricionariedade das autoridades nacionais, no tocante aos instrumentos e procedimentos de implementação.

4. No tocante ao direito administrativo, há que se observar a existência de competências administrativas próprias da UE que coexistem com a aplicação, pelos Estados-membros, de normas comunitárias com conteúdo administrativo – por exemplo, disposições regulatórias ou que envolvam programas de ajuda da UE. Eventuais conflitos no tocante à atuação normativa e administrativa da UE em face dos Estados-membros deve ser resolvido à luz do princípio da *proporcionalidade* e do *princípio da subsidiariedade*, ambos consagrados nos tratados da UE.

5. A preservação de certo grau de autonomia das autoridades nacionais, embora seja um compromisso relevante do direito comunitário, vê-se constantemente contrastada pela necessidade de promover um mínimo de uniformidade procedimental na aplicação do direito comunitário, visto que os métodos pelos quais a norma é aplicada são determinantes para o alcance – ou para a frustração – de seus objetivos. Observa-se, por tal razão, a tendência de que certos padrões de atuação sejam impostos por meio da própria normativa europeia, bem como pelas decisões do Tribunal de Justiça da UE.

6. Embora a necessidade de harmonização procedimental seja um elemento importante na aplicação do direito comunitário, é fato que a própria UE não possui um diploma sistematizador de suas práticas administrativas, sujeitas a várias normas setoriais e até mesmo ao estabelecimento de procedimentos por regras estabelecidas *ad hoc*.

7. As características supranacionais da UE e a sua estruturação complexa e permeada por mecanismos de governança multinível e multiatores são elementos valiosos para o estudo e concepção de arranjos jurídicos e institucionais transnacionais, que se tornam impositivos, à medida que as autoridades nacionais se tornam incapazes de dar conta das questões globais emergentes. Destacam-se, nesse contexto, dois desafios relativos à criação e manutenção de arranjos transnacionais: prover de *legitimidade* as instituições e normas estabelecidas e favorecer a *legibilidade*, ou seja, dotar de clareza, coerência e harmonia as disposições normativas a serem aplicadas no âmbito supranacional.

8. A comunidade epistêmica jurídica tem especial contribuição a oferecer no tocante ao estabelecimento de projetos colaborativos que favoreçam a *legibilidade* do direito transnacional. Nesse sentido, iniciativas como a da Research Network on EU Administrative Law – ReNEUAL – apontam caminhos interessantes para sistematização do direito administrativo transnacional, sendo que, ainda que tais modelos não venham a ser adotados como norma positiva, possuem relevância como *soft law*, fonte jurídica de não desprezível importância no âmbito de um direito de perfil pluralista, traço evidenciado nos estudos desenvolvidos no campo da Global Administrative Law (GAL).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Almeida, Domingos Augusto Paiva de. “Direito Administrativo”, in: Costa, Thales Morais da (org.). Introdução ao Direito Francês. Curitiba: Juruá, 2009, vol. 1, p. 269-314.

BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. Estado de crise. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

Bermann, George A. “A restatement of European administrative law”. In: Rose-Ackerman, Susan; Peter L. Lindseth (orgs.) Comparative administrative law. Edward Elgar Publishing, 2010, p. 595-605.

Campos, João Mota de. Direito comunitário. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1994, 2 v.

Cassese, Sabino. “New paths for administrative law: A manifesto”. *International Journal of Constitutional Law*, 2012, Vol. 10(3), p.603-613.

_____. “Global administrative law: The state of the art”. *International Journal of Constitutional Law*, 2015, Vol. 13 (2), p. 465 -468

D’Arcy, François. *União Europeia: instituições, políticas e desafios*. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2002.

Faria, José Eduardo - *Direito e Conjuntura*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

García de Enterría, Eduardo. Fernández, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. Tradutor José Alberto Froes Cal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 2 v.

Keleman, R. Daniel. “Adversarial legalism and administrative law in the European Union”. In: Rose-Ackerman, Susan; Peter L. Lindseth (orgs.) *Comparative administrative law*. Edward Elgar Publishing, 2010, p. 606-617.

Kagan, Robert. “Should Europe Worry About Adversarial Legalism?”. *Oxford journal of legal studies*, 1997, vol. 17, issue 2, p. 165 -183.

Maurer, Hartmut. *Direito Administrativo Geral*. Tradução Luís Afonso Heck. São Paulo: Manole, 2006, p. 31).

Neto, Eurico Bitencourt. “Direito Administrativo Transnacional”. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 18., mai/jun/jul. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-18-MAIO-2009-EURICO-BITENCOURT.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2016.

Schwarze, Jurgen. “Enlargement, the European Constitution, and Administrative Law”. *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 53, Issue 4 (October 2004), p. 969-984.

Valle, Vanice Regina Lírio do. *Direito Fundamental à Boa Administração e Governança*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

CAPÍTULO 7

O PAPEL DAS SOCIEDADES E EMPRESAS ESTATAIS

CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO

Professor Emérito de Direito Administrativo da PUC-SP

WEIDA ZANCANER

Mestre em Direito do Estado pela PUC-SP e Professora de Direito
Administrativo da PUC-SP.

1. Concepções políticas e sociais, subseqüentes ao Estado de Polícia, levaram o Poder Público a assumir ativa participação na vida social, conduzindo-o a intervir, com maior ou menor intensidade e sob *diferentes processos*, nos mais variados setores da atividade humana.

Dentre os recursos que utilizou, em prol desta missão fomentadora e providencial assumida, incluiu-se o de incentivar ou realizar, através de órgãos personalizados, especificamente criados para este fim, atividades comerciais, industriais, educativas e assistenciais, com ou sem a colaboração de particulares. A regência de seu comportamento neste campo, depende da opção que faça pelo regime público ou privado, uma vez que é o único juiz das conveniências sociais que axiomáticamente representa. Então, se criar pessoa disciplinada pelo sistema de normas próprias do direito público terá dado origem a entidade pública, isto é, autarquia comercial, industrial, educativa ou assistencial; se, contrariamente, houver optado pelo regime oposto, ter-se-á entidade estatal, porém privada, posto que nenhum óbice existe à subsunção dela ao regime de direito privado, respeitadas apenas algumas cautelas que assegurem garantias de proteção ao interesse público e aos particulares. *São as chamadas sociedades e empresas estatais.* É sabido, e

absolutamente pacífico, que a própria Administração direta pratica atos de direito privado, embora em caráter excepcional.

2. No regime capitalista, também neste caráter eventual e na medida em que o imponha o bem comum, pode o Estado, como o fez inúmeras vezes, criar ou facilitar mediante a outorga de faculdades e privilégios incomuns, a criação de pessoas jurídicas regidas pelo direito privado e destinadas a operar neste campo.

3. O surgimento de tais sociedades é fruto de uma longa evolução. Diversas têm sido as formas de participação do Estado, através de pessoas jurídicas, no campo econômico e social. A forma clássica de prestação de certos serviços materiais que o Estado reputa dever à sociedade é a concessão de serviço público, instituto largamente difundido e que viria a ser em grande parte sucedida pela criação de empresas estatais, mas que, nos últimos tempos, com o declínio do prestígio destas, voltou a desfrutar do fastígio que conhecera outrora. O concessionário, em nome do Estado, mas por sua conta e risco, desenvolve serviços, por delegação, munido de poderes instrumentais que lhe são conferidos. Este processo de ação foi, pouco a pouco, cedendo terreno a outros métodos que ganharam incremento e se consubstanciaram, sobretudo, nas formas jurídicas expressas pela sociedade de economia mista e pela empresa pública.

É fenômeno notório o ingresso do Estado, mediante diligente atuação, em todos os setores de atividade. Este acontecimento, sem dúvida universal e característico do Estado Moderno, marca-se não só pela ampliação da área ocupada pelos serviços públicos e assunção, por parte do Estado, do papel de protagonista ativo, como ainda tipifica-se pela adoção de processos equivalentes aos do direito privado. A este alargamento da área de incidência da atividade do Estado naturalmente correspondeu um esforço para encontrar novas formas de viabilização de seus propósitos.

Sobretudo, “desde o momento em que para realizar seus fins teve de incluir entre suas atividades as de natureza industrial e comercial, surgiu para os estadistas o problema da escolha dos meios pelos quais tais encargos poderiam ser desempenhados”, observou, com propriedade, Bilac Pinto. É natural que a analogia das atividades novas, com aquelas tradicionalmente reservadas aos particulares indicassem a conveniência de discipliná-las juridicamente por regime equivalente. Este, com efeito, se revelara adequado ao sucesso daqueles empreendimentos privados. Enquanto a concessão de serviço público, paulatinamente, perdia a posição central que tinha no campo das prestações materiais pertinentes ao Estado, incrementavam-se

novas formas de ação estatal: a sociedade de economia mista e a empresa pública.

De acordo com este novo esquema têm origem dois processos distintos: o da sociedade de economia mista, no qual o Estado se associa com capitais particulares e prossegue empreendimentos comerciais e industriais sob direção mista, e o da empresa pública no qual o Estado realiza os mesmos cometimentos através de pessoa jurídica composta exclusivamente por fundos públicos. A direção destas últimas tem admitido duplo esquema: ora cabe exclusivamente ao Estado, por meio dos dirigentes que designa para este fim, ora se efetiva mediante tríplice representação: do Estado, dos consumidores e dos empregados da pessoa.

Sem dúvida, uma constelação de fatores influenciou para o declínio das concessões e emergência dos processos novos. De qualquer forma instaurou-se uma “ambiência favorável à intervenção do Estado no domínio econômico”.

Convém ter presente que razões variadas presidiram e vêm presidindo a criação de empresas estatais: ora é a procura de métodos eficientes para prestação de serviços industriais ou comerciais e o concomitante desejo de mantê-los sob estreita influência do Estado, ora é a pretensão de socializar certos setores da economia, estatizando-os parcialmente, ora é a convicção de que algumas atividades não podem, sem perigo para o próprio Estado, ficar entregues à livre iniciativa, ora é o propósito, comum nos países subdesenvolvidos, de impulsionar setores onde a iniciativa privada mostrou-se insuficiente, distorcida ou retardatária, ora é a pressão de fatores políticos, como ocorreu na França, onde várias nacionalizações decorreram dos rancores ou cautelas do pós-guerra.

Sejam quais forem os motivos que ditaram o surgimento destas pessoas, importa considerar que o Estado pretende, através delas, ingressar no campo econômico ou social pela adoção de processos análogos aos das sociedades comerciais. Seja adotando o sistema de consorciar capitais governamentais e privados, sob direção mista, seja acolhendo o processo de empregar unicamente fundos públicos, através de pessoas exclusivamente suas -- e é o caso do que no Brasil se denomina empresa pública -- pretende-se, sempre, enquadrar a ação econômica, resultante deste intervencionismo, em esquema, jurídico peculiar ao direito privado. Nisto, umas e outras - sociedades de economia mista e empresas públicas - afastam-se claramente das entidades públicas que atuam na mesma faixa: as autarquias comerciais ou industriais. Distingue-as - e é esta a questão basilar para o Direito - o regime jurídico a que se submetem.

Enquanto as primeiras se inserem, quanto à forma de desempenhar suas atividades, nos quadros do direito privado, as segundas - autarquias - acham-se colhidas pelo regime de direito público.

Ao jurista toda configuração conceitual serve unicamente na medida em que se encontra em correspondência com um determinado regime ou disciplina normativa. Assim, a distinção entre pessoa pública e privada só tem sentido e razão de ser para o jurista, enquanto tal, se significar um *discrímen* concernente a princípios e normas de molde a orientá-lo sobre os cânones a serem aplicados.

Marcello Caetano ministra excelente lição a propósito de tais pessoas: “Trata-se de empresas que têm por fim prosseguir determinado interesse considerado de importância fundamental para a coletividade e que, por esse motivo, são formadas exclusivamente com capitais fornecidos pelo Estado ou por outras pessoas coletivas de direito público, a cujo cargo se encontra a respectiva gerência. Uma vez são empresas que, nascidas da iniciativa particular, vieram a ser adquiridas pelo Estado pelas vias normais de comércio ou incorporadas autoritariamente no setor público (nacionalização). Outras vezes as empresas foram mesmo criadas por iniciativa do Estado”.

4. O que se pode reconhecer no caso destas empresas estatais é que elas correspondem a duas realidades substancialmente distintas. Uma delas é simplesmente uma forma jurídica de prestar serviços públicos propriamente ditos, inclusive tradicionais e tidos como indispensáveis ao civilizado convívio social em dado tempo histórico. Outra, corresponde à intervenção personalizada do Estado, como protagonista ativo, em setores dantes relegados exclusivamente à livre iniciativa dos particulares, sobretudo, embora não só, no das atividades econômicas ou meramente de alcance social. Estas últimas representam, acima de tudo, a mais avançada fase de evolução da solidariedade humana, já, então, acolhida como pertinente aos objetivos mesmos da Sociedade política. Eis, pois, que estas empresas estatais são típicos instrumentos do chamado Estado Social de Direito ou Estado Providência.

Inobstante o até aqui exposto, em 2016 o Estado brasileiro laborando na esteira do movimento de combate à corrupção, que fragilizou a economia brasileira e sucateou empresas públicas e privadas, graças ao seu açoitamento e descumprimento às normas jurídicas vigentes, foi sancionada a Lei nº 13.303 de 30 de junho de 2016, também denominada de Estatuto Jurídico das Empresas Estatais e que de forma inconstitucional esboroa a diferença de regime jurídico entre as prestadoras de serviço público e as exploradoras de atividade econômica, num total descaso ao artigo 173 da Constituição da

República e à proteção que o regime jurídico de direito público empresta a todos os atos praticados pelas prestadoras de serviço público necessários ao desempenho do serviço ao qual estão destinadas a desempenhar.

Portanto, no Brasil, após a eleição da Presidente Dilma Rousseff, forças antidemocráticas começaram a atuar contra a evolução das ideias políticas, vigentes no país, direcionadas em prol de uma visão solidária, que sabidamente teve como seu correlato, uma significativa *expansão do conteúdo da cidadania*. Com efeito, a partir do momento em que se passou a considerar inclusos entre os objetivos da Sociedade e ademais indeclinável responsabilidade dela o fomento ou realização de uma série de objetivos novos como a generalização da promoção de um mínimo de bem-estar econômico, de acesso à educação, cultura, saúde, lazer e seguridade social, é óbvio que a noção de “participação”, inerente à cidadania, trouxe consigo a de “participação” nos benefícios capazes de serem gerados pela Sociedade, em vista das novas funções que lhe foram atribuídas. Registre-se que a estes direitos viriam ainda a ser acrescentados outros, como, por exemplo, o direito a um ambiente ecologicamente sadio (expressamente mencionado na Constituição Brasileira).

5. Sem embargo do que se vem de dizer, o fato é que em tempos recentes, a partir da chamada “globalização” e do neoliberalismo por ela trazido como seu fundamental embora inexplícito objetivo, o Estado Social de Direito passou, em todo o mundo, por uma desabrida e severa crítica, gerada e vigorosamente impulsionada por todas as forças adversas, seja aos controles impostos pelo Estado, seja sobretudo aos investimentos públicos por ele realizados com tais propósitos.

Ao respeito, de outra feita escrevemos que *“as referidas forças hostis ao Estado Providência pretenderam reinstaurar o ilimitado domínio dos interesses econômicos dos mais fortes, tanto no plano interno de cada País quanto no plano internacional, de sorte a implantar um não abertamente confessado “darwinismo” social e político”... “Naturalmente, a sede mental e operacional de tal empreendimento foram os EEUU da América do Norte, atuando sobretudo por via dos organismos financeiros internacionais, com destaque para o Fundo Monetário Internacional”*.

Como fruto deste movimento conservador houve, em todo o mundo, uma retração da presença estatal nestes setores e, conseqüentemente, um *desprestígio das empresas estatais* e um ressurgimento, no caso dos serviços públicos por elas prestados, das concessões a empresas privadas, enquadrando-se tal fenômeno no âmbito das chamadas “terceirizações”. Quanto às empresas estatais exploradoras de atividades puramente econômicas, seu destino, como em alguns casos ocorreu no Brasil, foi o da

simples extinção, com o trespasse delas aos particulares, por ser considerado que eram invasivas da esfera de atuação privada e uma fonte de inversões estatais injustificadas.

O que veio a predominar foi o entendimento de que a “lógica do mercado”, sua “mão invisível” é que deveria reger a vida social e que ela mesma, por uma simples força da lógica da economia seria capaz de proporcionar progresso e bem estar social, dispensando, pois o protagonismo ativo do Estado, havido este como ineficiente, incompetente e fruto de desperdícios de toda sorte.

Sucede, todavia que, estas concepções últimas a que se acaba de aludir sofreram, no início do século XXI, um duríssimo embate com a crise que assolou os países cêntricos, exatamente os fautores do ataque ao intervencionismo estatal e ao Estado Providência. EEUU da América do Norte e Europa vieram a enfrentar uma “debacle econômica” e a um ponto tal que mesmo no seio deles começou a irromper, além de um visível descrédito, uma oposição política crescente sobretudo na Europa.

Essa oposição ao neoimperialismo, todavia, não se concretizou como era esperado, já que desde o ano de 2016 a direita vem avançando em todo o continente europeu. Na América do Sul, essa reviravolta foi muitíssimo mais clara e definida. Nesta parte do mundo ascenderam ao poder, nos primeiros 15 anos do século XXI, governos comprometidos com as camadas populares e que não ocultavam suas preferências por linhas políticas discrepantes das preconizadas pelas forças contrapostas ao Estado Social de Direito.

Mas se olharmos para o que era gestado neste período, principalmente na América do Sul, veremos que setores antidemocráticos preparavam um golpe neoliberal preservando, apenas, o arcabouço democrático e instalando um estado de exceção permanente, com a fragilização dos direitos fundamentais individuais e sociais e a utilização do chamado lawfare, para alijar da disputa das eleições majoritárias inimigos políticos que encarnavam forças progressistas.

Necessário admitir que as democracias vicejam apesar de forças antidemocráticas instaladas em seus seios. Um pequeno cochilo e o estado autoritário mostra suas garras e coloca por terra anos de conquistas democráticas e de avanços sociais.

Consequentemente, as ameaças às empresas estatais se intensificam e as possibilidades de privatizações a grupos estrangeiros ou de concessões de serviços públicos a particulares se agigantam por formas diversificadas, muitas vezes inconstitucionais como as PPPs, por serem estes objetivos

visados pelo Estado mínimo. Em suma, pelo quanto se pode ver no momento presente, o papel das empresas estatais tende a ser enfraquecido, em exata correspondência à retirada do Estado da vida social e econômica.

De qualquer forma se se fizer um esforço para tentar vislumbrar seu destino a mais longo prazo, parece que o único norte que se tem para este exercício de futurologia é o de que a História não regride definitivamente. Ela apenas admite oscilações em um movimento pendular, mas progressivo, cuja tendência final constante se direciona sempre para uma linha reveladora de incessante avanço, e cada vez menos lento, em prol da solidariedade humana, de uma crescente fraternidade entre os membros da Sociedade.

Esta assertiva que pode parecer de um panglossiano otimismo, comprova-se, entretanto, com bastante facilidade se mirarmos o passado, contemplando dos albores da civilização mesopotâmica à Grécia antiga, ao império Romano, à Idade Média, à Idade Moderna e à Contemporânea. Não pode padecer a mais insignificante dúvida de que de então para cá não apenas os indivíduos, mas as próprias sociedades humanas se revelaram cada vez menos cruéis e menos indiferentes às desigualdades entre os homens, como também é indiscutivelmente certo que os avanços nesta direção têm ocorrido em prazos sempre mais curtos.

Em síntese: tudo concorre para se verificar que não há exagero algum em afirmar e em crer que o inegável egoísmo e as desmedidas ambições individuais vão, passo e passo, perdendo a batalha para o aperfeiçoamento do ser humano e das sociedades em que vive, com o constante incremento das respectivas solidariedades, do que decorrerá, possivelmente, um papel crescente para as fórmulas de atuação estatal nesta direção. E entre elas, pelo menos até onde se pode descortinar, as empresas estatais cumprem uma função de relevo. Isto autoriza a que se diga que, em um futuro não tão longínquo, sua função inicial na América Latina, é a de prosseguir no caminho que lhes ditou o surgimento e em seguida o de retomar o que as teses privatizadoras, geralmente antinacionais, lhes havia sonogado em prol de interesses exógenos, tanto em termos teóricos, quanto em termos da realidade concreta da vida econômica.

CAPÍTULO 8

A DIRETIVA EUROPEIA 2014/24 E AS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS NO BRASIL

CRISTIANA FORTINI

Professora da UFMG e da Faculdade Milton Campos. Doutora em Direito Administrativo, foi Visiting Scholar na George Washington University e é Professora Visitante na Universidade de Pisa. Diretora do IBDA, foi Presidente do Instituto Mineiro de Direito Administrativo (IMDA). Advogada militante na área de direito administrativo.

MARIA FERNANDA PIRES

Professora da PUC-MG. Mestre em Direito Administrativo e Doutoranda em Direito Público, é a atual Presidente do Instituto Mineiro de Direito Administrativo (IMDA). Advogada militante na área de direito administrativo.

INTRODUÇÃO

Segundo dados da Comissão Europeia, as contratações realizadas por cerca de 250.000 (duzentos e cinquenta mil) autoridades públicas alcançam aproximadamente 14% (quatorze por cento) do GDP- Gross Domestic Product, algo equivalente ao nosso PIB-Produto Interno Bruto.

Mundialmente se reconhece o risco de corrupção, assim como de ineficiência, essa derivada, entre outros fatores, do despreparo dos agentes envolvidos nas diversas etapas do procedimento licitatório, incapazes de planejar, conduzir e gerenciar adequada e tempestivamente o certame e/ou de acompanhar a execução contratual, adicionado ao elevado montante gasto seja com o procedimento, seja com o contrato.

Soma-se a isso o fato de que há setores cujo cliente principal, quando não único, é a Administração Pública, característica que realça ainda mais a relevância do comportamento do estado como cliente.

Como único ou importante “consumidor”, há um certo consenso de que o agir estatal opera como bússola, a regular o mercado, impulsionando ou não a presença de novos atores e a adoção ou não de certas atitudes.¹ Não por outra razão, costuma-se falar na função regulatória da licitação como procedimento apto a encorajar cuidados com o meio ambiente, estimular a inovação tecnológica ou a resguardar as micro e pequenas empresas.²

Assim, controlar o percurso que nasce da apresentação da demanda e se exaure na execução contratual é ambição global.

1 AS DIRETIVAS EUROPEIAS E O OLHAR VOLTADO ÀS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Na agenda da União Europeia, a harmonização da disciplina das contratações públicas ocupa posição de relevo, considerando o volume que as envolve e a importância de se uniformizarem as práticas, sempre ambicionando a livre circulação de mercadorias e serviços e a igualdade de tratamento entre os membros.

A preocupação não é recente, mas observa-se um progressivo processo de integração, em que se destacam, sobretudo, a Diretiva 2004/18 e, mais robustamente a Diretiva que a revogou, qual seja a 2014/24.

1. Sugere-se conhecer os conteúdos disponibilizados nos seguintes endereços eletrônicos https://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement_en <http://www.oecd.org/gov/public-procurement/>.
2. Não apenas no Brasil, mas na Europa e nos Estados Unidos, por exemplo, a contratação pública é vista como ferramenta para o alcance de certos escopos, como os acima ventilados. Sugerimos conhecer as Diretivas Europeias 2004/18/EC, 2004/17/EC, 2014/23/EC e 2014/24/EC. Sugerimos ainda conhecer o USC15 U.S.C. 631 (a) The essence of the American economic system of private enterprise is free competition. Only through full and free competition can free markets, free entry into business, and opportunities for the expression and growth of personal initiative and individual judgment be assured. The preservation and expansion of such competition is basic not only to the economic well-being but to the security of this Nation. Such security and well-being cannot be realized unless the actual and potential capacity of small business is encouraged and developed. It is the declared policy of the Congress that the Government should aid, counsel, assist, and protect, insofar as is possible, the interests of small-business concerns in order to preserve free competitive enterprise, to insure that a fair proportion of the total purchases and contracts or subcontracts for property and services for the Government (including but not limited to contracts or subcontracts for maintenance, repair, and construction) be placed with small-business enterprises, to insure that a fair proportion of the total sales of Government property be made to such enterprises, and to maintain and strengthen the overall economy of the Nation.

A Diretiva Europeia 2004/18, ao abordar o mercado público, sublinhou a centralidade da competição, a necessidade de se evitar discriminação e disparidade de tratamento entre os licitantes, por razões nacionalistas, bem como a imperiosidade de transparência e de controle dos recursos públicos empregados com as contratações.³

A preocupação da Diretiva 2004/18 com os recursos utilizados nas contratações públicas não se reduzia à luta contra a corrupção. Para além do dano ao interesse público advindo do incremento do custo que direta ou indiretamente advém de episódios dessa índole, a Diretiva reconhecia que a salvaguarda dos recursos públicos condiciona-se também à diminuição do custo em si do procedimento licitatório e do aperfeiçoamento da atuação dos agentes públicos ao longo do percurso.

Nesse sentido, após constatar que a concentração de procedimentos licitatórios em determinados órgãos era realidade em alguns dos países integrantes da União Europeia, e valorizando a referida iniciativa avaliada como salutar do ponto de vista econômico e técnico, a Diretiva 2004/18 aludiu às centrais de contratação em seus considerandos e delas cuidou, sem, entretanto, prever a obrigatoriedade de sua implementação.

Naquele momento, a União Europeia intencionava estimular a agregação das contratações, compreendendo-a como apta a favorecer o controle e a eficiência⁴, e ocupou-se de conceituar e normatizar condições básicas para o caso em que os países decidissem por empregá-la, sem exaurir a disciplina⁵. Alguns, como antes dito, já utilizavam o sistema.

Entre os países que já recorriam ao modelo de concentração de compras, estava a Itália⁶, sobretudo por meio da CONSIP, criada no final da década de 90, cuja função foi se elastecendo.⁷

De forma ainda mais intensa do que o diploma anterior, por ela revogado, a Diretiva 2014/24 atribui caráter político às contratações públicas.⁸

Destacando o papel fundamental das contratações públicas na estratégia Europa 2020 para um desenvolvimento inteligente, sustentável

3. Ver Considerando 2, entre outros.

4. Ver considerando número 15, entre outros.

5. Artigos 1º e 11º.

6. O modelo hoje existente na Itália é muito mais desenvolvido.

7. Trata-se, em resumo, de uma sociedade por ações, todas pertencentes ao Ministério da Economia e Finanças, cuja atividade é destinada a fornecer aos órgãos públicos instrumentos que incrementem a contratação pública.

8. O relacionamento entre o Direito e economia é abordado com maestria por Luisa Torchia, TORCHIA, Luisa. *Diritto ed economia fra Stati e Mercati*. Editoriale Scientifica, 2016

e inclusivo, a Diretiva faz alusão à eficiência do gasto público, à tutela do meio ambiente, à promoção da inovação, do trabalho e a participação das micro e pequenas empresas.⁹

Ao aspirar a garantia da concorrência no setor dos contratos públicos, assegurando a todos os operadores igualdade de condições, a Diretiva 2014/24 reconhece que a disputa favorece ainda a eficiência do processo de contratação.

1.1 PROPOSTA MAIS VANTAJOSA

A Diretiva estimula os países membros a buscarem obtenção da contratação mais vantajosa¹⁰. A Diretiva 2014/24 objetiva o deslocamento da análise econômico-financeiro mais imediata para um olhar em que se considerem os custos ligados ao ciclo de vida de um produto, ou como se poderia dizer, às externalidades ambientais, além de aspectos sociais e qualitativos. Não há uma imposição direta, considerando-se a natureza jurídica das Diretivas da UE¹¹, mas um convite a uma reflexão mais “ampla”, em que o preço seja considerado de forma menos superficial.

O custo de vida do produto, os serviços pós-venda, a assistência técnica, a acessibilidade de pessoas portadoras de necessidades especiais, a economia de recursos naturais são alguns dos aspectos a serem considerados.

Naturalmente, a prevalência deste critério, afastando o automatismo do menor preço, requer uma maior capacidade dos órgãos de considerar as variáveis que interferirão na avaliação. O aperfeiçoamento do corpo funcional não pode ser negligenciado.¹²

O Código de Contratos Públicos da Itália, editado em 2016, e alterado em 2017, aqui referido a título ilustrativo, é o reflexo da mutação provocada pela Diretiva. Contratos de serviço de arquitetura ou engenharia e outros de natureza técnica ou intelectual cujo valor sejam iguais ou superiores a 40 mil euros não podem ser contratados pelo critério do menor preço¹³. Esse é permitido, e não exigido, para casos de fornecimento de bens ou prestação de serviços “estandardizados”. Mas a opção pelo critério menor preço ainda assim deve ser justificada¹⁴.

9. Ver considerandos 2, 59 e 78.

10. Ver considerando número 89 da Diretiva 2014/18 e o artigo 67.

11. https://europa.eu/european-union/eu-law/legal-acts_pt

12. A esse aspecto se retornará.

13. Ver art. 96, comma 3, b.

14. Ver art. 96 comma 4, b.

Assim, a preocupação com a economia de recursos não é obtusa, mas repousa numa perspectiva em que se realça a relação qualidade/preço.

Ao contrário do que pode parecer, ao menos do ponto de vista meramente formal, as reflexões da União Europeia não distam totalmente da ideia, também presente no Brasil, de que há aspectos outros a serem considerados para se concluir pela proposta mais ajustada. O art. 3º da Lei 8.666/93 assinala como um dos propósitos das licitações o alcance da proposta mais vantajosa, o que não traduz a busca do objeto mais barato.

O ato convocatório deve consolidar a expectativa do demandante e reunir todas as informações necessárias para que terceiros compreendam a pretensão pública¹⁵. Nesse sentido, aspectos qualitativos estarão sempre presentes, a partir de avaliações que ocorrem ainda na fase de preparação do certame. Some-se a isso o fato de que as exigências de habilitação também não são lineares. Experiências progressas e o perfil do corpo funcional podem ser impostos pela administração pública.

Mesmo em licitações em que o norte da escolha é o “menor preço”, a descrição do objeto demandado precisa refletir a demanda pública. Não será qualquer tipo de ar condicionado que atenderá a pretensão pública, em especial considerando fatores como o tipo de imóvel em que será instalado e sua destinação. O menor preço almejado deve ainda ser oferecido por licitante que atenda às regras de habilitação nos moldes editalícios. A preocupação com o preço subsiste, uma vez já sedimentadas no ato convocatório e seus anexos todas as exigências administrativas. Propostas ofertadas em desacordo com mais baratotprevisto, mesmo aparentemente mais benéficas à coletividade diante do menor valor, serão rechaçadas porque o menor preço não se opera à margem do edital.¹⁶

Aspectos ambientais também são relevantes para fins de contratação pública, sobretudo na descrição do objeto.

A agenda ambiental nasce na Constituição da República, seja pelo conteúdo do art. 225, seja pelo que dispõe o art. 170, VI. Há, para além disso, uma série de normas, em que se destaca a Lei 12.187/09, que estabeleceu a Política Nacional sobre Mudança do Clima, a avançar na abordagem do tema, prevendo critérios de preferência nas licitações e concorrências públicas quando identificadas as situações ali desenhadas¹⁷. Some-se a isso a introdução do desenvolvimento nacional sustentável como propósito da

15. Súmula 177 do TCU

16. Não se ignora a possibilidade de saneamento, observado o erro cometido o comportamento adotado pelo licitante para ajustá-lo. Mas o assunto escapa ao que pretendemos tratar.

17. Art, 6º, XII, Lei 12.187/09.

licitação, no art. 3º da Lei 8.666/93, e bem como as diversas alusões ao meio ambiente constantes da Lei 12.462/11, em especial a diretriz segundo a qual os custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza ambiental, devem ser considerados.

Entretanto, a realidade das contratações públicas brasileira ainda está distante do fixado legalmente. Especialmente nos Municípios, seja pela maior escassez de recursos, seja pelo maior despreparo dos agentes públicos para descrever o objeto, e pelo temor de suscitar questionamentos relativos à isonomia, prosseguem contratações divorciadas da pauta ambiental. E mesmo na Administração Pública Federal, em que há regras mais pontuais¹⁸ a ditar o comportamento comprometido com o meio ambiente, há registros de descumprimentos.¹⁹ O ajuste no comportamento demanda tempo. Além disso, calibrar a pauta ambiental com os princípios da isonomia, razoabilidade e motivação nem sempre é simples. O TCU já detectou desacertos na descrição de objeto que, em tese, seria ambientalmente ajustado.

Resistência a condições de habilitação que elasteçam (ou assim se interpreta) o rol do art. 30 da Lei 8.666/93 também existe. Assim, como não integra o cotidiano a valorização de aspectos ambientais quando da apreciação do ângulo técnico, em licitações melhor técnica ou técnica e preço.

Portanto, ainda caminhamos para concretizar o elastecimento do conceito de proposta mais vantajosa, embora teoricamente estejamos irmanados com os anseios da Diretiva Europeia.

1.2 AS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS

O cuidado com as micro e pequenas empresas também colore a Diretiva. Identifica-se uma série de considerandos que a elas fazem alusão destacando seu importante papel na construção de postos de trabalho²⁰ e a necessidade de que os países atuem no sentido de franquear a sua participação nos certames.

A Diretiva reforça a incorreção advinda do excesso de requisitos de habilitação de ordem financeira ou técnica, que podem afugentar a presença das citadas empresas. Evidentemente que o excesso se revela no caso concreto, quando desproporcional ao que se precisa assegurar.

18. Decreto 7746/12 e IN 1, de 1/01/10

19. Acórdão 1752/11, 1152/11 TCU

20. Ver considerando 124.

Atribui-se aos estados membros o dever de auxiliar os operadores econômicos, disponibilizando informações e orientações sobre as regras europeias relativas ao cenário das contratações públicas, momento em que novamente se faz alusão às empresas de menor estatura.²¹

Passando-se ao ordenamento jurídico brasileiro, observa-se que o tratamento favorecido de que cuida a Lei Complementar 123/06 revela a política pública inclusiva dos operadores desprovidos de maior expressão econômica.

A edição da LC nº 123/2006 provocou debates apaixonados, criando um cisma doutrinário entre aqueles que vislumbravam, por um lado, inconstitucionalidade no tratamento favorecido pela citada lei dispensado às micro e pequenas empresas ou ao menos inadequação na política pública que o diploma legal instituía e os que, por outro lado, consideravam constitucional, razoável e/ou necessária a distinção advinda das regras.²²⁻²³

A mudança nela realizada intensificando o tratamento para ordenar a realização de licitações exclusivas ou com lotes reservados a micro e pequenas empresas, reabre o debate.

O legislador, partindo do que prevêem os art. 170, XII e IX e o art. 179, ambos da Constituição da República, compreende que o menor dispêndio financeiro não é a única ambição a ser perseguida²⁴. Contratos com ME e EPPs tendem a ser mais caros, porque são empresas dotadas de menor capacidade de negociação e redução de margem de lucro, mas ainda assim são desejados porque oferecem vantagem indireta à coletividade.

A utilização da licitação como política pública voltada ao “small business” também existe nos Estados Unidos. O Small Business Act de 1953 e o Small Business Investment Act de 1958, entre outros diplomas, revelam isso. O Federal Acquisition Regulation também se dedica ao tema²⁵. Ali há regras a prever licitações exclusivas e subcontratações destinadas às pequenas empresas.

21. Art. 83, 4 “a”.

22. Um dos mais combativos críticos da LC nº 123, desde seu nascedouro, professor Ivan Barbosa Rigolin apresentou suas colocações no artigo Micro e pequenas empresas em licitação – A LC nº 123, de 14.12.06 – Comentários aos arts. 42 a 49. In: FCGP, n. 61, ano 6, 2007, p. 33-41.

23. Já escrevemos sobre a LC nº 123 em outra oportunidade. FORTINI, Cristiana. Micro e pequenas empresas: as regras de habilitação, empate e desempate na Lei Complementar nº 123 e no Decreto nº 6.204/2007. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 7, n. 79, jul. 2008, p. 32.

24. FORTINI Cristiana. *Licitações Diferenciadas*. Comentários ao Sistema Legal Brasileiro de Licitações e Contratos Administrativos. Editora NDJ. P. 743-761.

25. Parte 19, e mais especialmente subparte 19.5

1.3 O APRIMORAMENTO DAS CONTRATAÇÕES VIA AGREGAÇÃO DE DEMANDAS

Outro aspecto importante se relaciona ao aprimoramento dos mecanismos de contratação.²⁶

A Diretiva 2014/24 retoma o tema das centrais de compra, anteriormente referido na Diretiva 2004/18, mas o faz de forma muito mais ampla e estruturada.

A despeito de não impor sua utilização, a Diretiva fixa regras mais detalhadas sobre o uso e as modalidades das centrais, inclusive mencionando a possibilidade de utilização transfronteiriça pelos países integrantes da União Europeia. Assim, objetiva-se uniformizar conceitos e práticas, em especial porque as centrais de compra são, e já há muito tempo, utilizadas em parte dos países membros.

As centrais de contratação são aclamadas como ferramentas hábeis a alcançar os objetivos acima²⁷, podendo atuar como atacadistas, contratando em número superior à sua eventual e própria demanda, para distribuição aos demais interessados, ou como intermediários, conduzindo os procedimentos licitatórios, dos quais resultarão contratos com terceiros²⁸. Nesse sentido, reduz-se o quantitativo de procedimentos e espera-se obter economia de escala.

O Código de contratos públicos italiano incorpora a Diretiva e avança. Suas regras obstam a condução de certames públicos por qualquer órgão ou entidade. Valorizam-se as “centrali di committenza”, órgãos agregadores das demandas públicas, vocacionados e preparados para a realização do procedimento da contratação pública.

As “stazioni appaltanti”, que corresponderiam no Brasil ao órgão encarregado da contratação pública, devem qualificar-se junto à Autoridade Nacional Anticorrupção para assim estarem aptas a realizar tal mister.²⁹

O Projeto de Lei da nova lei de licitações³⁰, em seu art. 19, I, prevê a instituição de instrumentos que permitam preferencialmente a centralização dos procedimentos de aquisição e a contratação de bens e serviços.

26. Ver considerando 83.

27. Ver considerando 59, entre outros.

28. Ver considerando 69

29. Ver artigos 37 e 38 do Código de Contratos Públicos.

30. Checar substitutivo ao PL 1292/95 e apensados.

A valorização ao instituto do registro de preços, seja pela menção ao modelo de registro permanente³¹, à aceitação do seu uso para obras comuns³², bem como à intenção de registro de preços³³, hoje constantes de alguns decretos³⁴, mas inexistentes em uma disciplina nacional, igualmente contribuem para a concentração de certames.³⁵

Por meio da intenção para registro de preços, o órgão gerenciador, responsável pela preparação e condução do certame, sinaliza para os demais órgãos e entidades a pretensão de licitar determinado objeto, permitindo-lhes manifestar seu eventual interesse na licitação que está sendo gestada, situação em que os assim desejosos enviarão as informações necessárias para o atendimento de sua pretensão .

O escopo é evidente. Oportuniza-se ao eventual interessado no objeto da licitação embrionária dela tomar assento, desde seu nascedouro, evitando-se a futura e polêmica adesão à ata de registro de preços. Prestigia-se a participação desde o momento preparatório em desprestígio à adesão à ata por órgão estranho ao certame (carona).

1.3.1 CONCENTRAÇÃO DA DEMANDA E PADRONIZAÇÃO

Além disso, no curso já trilhado pela Diretiva 2004/18, entende-se que a agregação oferece vantagens ao interesse público. À já destacada economia, se adiciona a homogeneização dos bens e serviços. Ainda que a regra não aponte tal pretensão, os autores destacam que esta seria uma vantagem colateral.³⁶

A propósito, o Projeto de Lei propõe a instituição de modelos de minutas de edital, de termo de referência e de contratos padronizados, com o auxílio dos órgãos de assessoramento jurídico e do controle interno, admitida a adoção das minutas do Poder Executivo Federal pelas demais esferas³⁷. A padronização, para os casos em que isso é possível, contribui

31. Art. 78

32. Art. 73, § 3º, art. 78, § 5º e art. 81.

33. Art. 82

34. O Decreto 7.891/13, aplicável na esfera federal, prevê o IRP.

35. A despeito de algumas diretrizes fornecidas pelos parágrafos do artigo 15, o legislador optou por deslocar a regulamentação do SRP para momento posterior, quando os Chefes do Poder Executivo, nas três esferas de governo, editariam Decretos, cujo teor consideraria as peculiaridades regionais. A Lei 8.666/1993 omitiu-se inclusive de conceituá-lo, de indicar as situações que convidam para seu uso e de prever os possíveis atores nele envolvidos.

36. CARINGELLA, Francesco, PROTTO, Mariano. *Il codice dei contratti pubblici dopo il correttivo*. Giuridica Editrice, 2017. P. 201.

37. Art. 19, IV.

para inibir a construção de editais e/ou anexos com o intuito de favorecer determinado particular.

Trata-se de proposta ajustada a padrões de comportamento recomendados pela Transparência Internacional, para quem o desvio do padrão usual de contratação é sinal de alerta e sugere a presença de corrupção.

1.3.2 CONCENTRAÇÃO DE CERTAMES E A CAUTELA COM AS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS

Como não poderia deixar de ser, a despeito de valorizar a concentração das licitações, a Diretiva assinala que tal sistema não pode sacrificar as empresas de menor porte.

Resta evidente que a Diretiva assume o risco de a concentração de licitações provocar danos à inserção do que se conhece como “small business”, razão pela qual, já em seus considerandos, expressa a necessidade de harmonizar as duas ideias. Vale dizer, a vantagem advinda da utilização de centrais de compras não pode impedir o acesso das micro e pequenas empresas ao mercado “público”.

De fato, a atribuição da função de licitar a um determinado órgão (ou a um conjunto deles) não inibe a fragmentação da demanda em lotes, de modo a favorecer a concorrência e a facilitar a inserção das empresas de menor porte. O considerando 78 faz expressa referência à divisão em lotes, com vistas a estimular a participação de micro e pequenas empresas, recordando as disposições do Código Europeu de boas práticas para facilitar o acesso das pequenas e médias empresas no cenário das contratações públicas.

Interessante recordar que o art. 23, § 1º, da Lei 8.666/93 já prevê a divisão das compras, serviços e obras em quantas parcelas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala.

A Lei Complementar 123/06 segue a mesma toada, acentuando o tratamento ao prever uma diversidade de benefícios para as empresas menos robustas economicamente. Maior tolerância quanto ao atraso na entrega da documentação comprobatória da habilitação fiscal e trabalhista, a existência de licitação cuja participação é reservada apenas às referidas empresas, bem como a existência de lotes a elas destinados sintonizam-se com o que também ordena a Diretiva Europeia.

O Projeto de Lei, para além de manter intacta a política pública acima aludida, dado que a LC 123/06 por ele não é afetada, está a prever o parcelamento, a ser adotado quando viável, seja no art. 39, § 2º, I, bem como no art. 45, § 1º, II.

1.4 PROFISSIONALIZAÇÃO DO CORPO FUNCIONAL

Mas a melhoria do gasto público não seria alcançada apenas com a diminuição de certames ou outros ajustes rituais. A Diretiva 2014/24 reforça a profissionalização e a especialização dos agentes que compõem as centrais.

Se por um lado, a concentração de certames pode propiciar vantagens financeiras e inclusive possibilitar que melhor se fiscalize, a concentração de poderes acende uma luz amarela.

Um grupo menor de pessoas terá o condão de conduzir grande volume de licitações. Poucos poderão muito. A necessidade de que atuem de forma regular e que busquem a eficiência se intensifica.

A alusão ao controle não se reduz à posterior avaliação dos atos praticados, mas à prevenção seja da corrupção, seja do desacerto.

Na verdade, inexistente possibilidade de ganho real de eficiência quando os agentes encarregados do percurso, desde a sua origem até a execução do contrato, são despreparados.

Contratações públicas, ainda que utilizem recursos de tecnologia, tem no ser humano a sua força motriz. São as pessoas que expressam a demanda pública, assim como comandam os demais passos do procedimento.

Alterações de rito são insuficientes e isso se aplica logicamente ao Brasil. O treinamento do corpo funcional, o estímulo ao seu aperfeiçoamento e a existência de um sistema normativo em que se disciplinem conflitos de interesse e se clarifiquem os comportamentos desejados e vetados, são aspectos nodais.

Assim, para que a concentração não cause danos ao interesse público, o controle sobre número mais reduzido de procedimentos há de ser aprimorado. Girar o pêndulo da visão meramente retrospectiva e sancionatória dos malfeitos praticados, para uma visão prospectiva e orientativa. Não por outra razão, a Diretiva 2014/24 propõe que os estados membros consolidem informações para a “sustentação” do atuar dos

órgãos contratantes e também dos operadores do mercado, inclusive com notas orientativas e referências à jurisprudência.³⁸

O Projeto de Lei enaltece as escolas dos Tribunais de Contas a quem caberá promoção de capacitação de agentes públicos encarregados da realização de licitação e da celebração de contratos. Algum avanço a proposta representa, sobretudo porque parte considerável dos desacertos é tributável antes ao desconhecimento que ao intuito de ofender o interesse público e as normas que o salvaguardam.

CONCLUSÃO

A Diretiva Europeia 2014/24, relativa aos contratos públicos no âmbito da União Europeia, apresenta pontos de comunhão com o que prevê a ordem jurídica brasileira e com o Projeto da Nova Lei de Licitações no Brasil.

Contudo, nenhuma diretiva ou lei será capaz de implementar efetiva melhoria nas contratações públicas, se desprezado o ser humano por detrás de todo esse processo.

A profissionalização e educação continuada do servidor são a ferramenta capaz de alavancar os procedimentos licitatórios. E investir, significa tanto cultural quanto academicamente.

A construção dos editais, a capacidade de percepção das falhas, a noção exata do que se quer contratar e como, e também a fiscalização dos contratos, dependem intrinsecamente da formação adequada e capacitação permanente desses importantes atores.

O risco de corrupção e ineficiência ameaça a todos. Disso, brasileiros e europeus estão cientes.

BIBLIOGRAFIA

CARINGELLA, Francesco, PROTTO, Mariano. Il codice dei contratti pubblici dopo il correttivo. Roma: Giuridica Editrice, 2017. P. 201. Diretiva Europeia 2014/24 <https://eur-lex.europa.eu>

MASTRAGOSTINO, Franco. Diritto dei contratti pubblici: asseto e dinamiche evolutive alla luce del nuovo codice, del decreto correttivo 2017 e degli atti attuativi. Torino: Giappichelli Editore, 2017

38. Considerando 121 e articolo 83, comma 4, a.

FERREIRA, Daniel. A licitação pública no Brasil e sua finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável; prefácio Fabrício Motta. Belo Horizonte: Fórum, 2012. 263 p. ISBN 978-85-7700-605-2.

FORTINI, Cristiana. Micro e pequenas empresas: as regras de habilitação, empate e desempate na Lei Complementar nº 123 e no Decreto nº 6.204/2007. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 7, n. 79, jul. 2008, p. 32.

FORTINI Cristiana. Licitações Diferenciadas. Comentários ao Sistema Legal Brasileiro de Licitações e Contratos Administrativos. Editora NDJ. P. 743-761.

FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: direito ao futuro. 2ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. 347 p. ISBN 9788577005840

Lei nº 8.666/1993. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/> Acesso em 01/02/2019. BRASIL.

Lei Complementar nº 123/2006. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/> Acesso em 01.02.2019. BRASIL.

Projeto de Lei 6.814/2017. Disponível: <http://www.camara.leg.br>. Acesso em 01/02/2019. BRASIL.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. Micro e pequenas empresas em licitação – A LC nº 123, de 14.12.06 – Comentários aos arts. 42 a 49. In: FCGP, nº 61, ano 6, 2007, p. 33-41.

TORCHIA, Luisa. Diritto ed economia fra Stati e Mercati. Napoli: Editoriale Scientifica, 2016

CAPÍTULO 9

O INSTITUTO DO 'CARONA' (ADESÃO) NO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS SEGUNDO TOSHIO MUKAI

CHRISTIANNE DE CARVALHO STROPPA

Mestre e Doutoranda em Direito do Estado (PUC/SP), Professora de Direito Administrativo na PUC/SP, Assessora Jurídica no Tribunal de Contas do Município de São Paulo, Advogada, email: c.stroppa@uol.com.br.

INTRODUÇÃO

O Sistema de Registro de Preços está disciplinado no art. 15, inciso II e §§ 1º a 6º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993:

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

.....

II - ser processadas através de sistema de registro de preços;

.....

§ 1º O registro de preços será precedido de ampla pesquisa de mercado.

§ 2º Os preços registrados serão publicados trimestralmente para orientação da Administração, na imprensa oficial.

§ 3º O sistema de registro de preços será regulamentado por decreto, atendidas as peculiaridades regionais, observadas as seguintes condições:

I - seleção feita mediante concorrência;

II - estipulação prévia do sistema de controle e atualização dos preços registrados;

III - validade do registro não superior a um ano.

§ 4º A existência de preços registrados não obriga a Administração a firmar as contratações que deles poderão advir, ficando-lhe facultada a utilização de outros meios, respeitada a legislação relativa às licitações, sendo assegurado ao beneficiário do registro preferência em igualdade de condições.

§ 5º O sistema de controle originado no quadro geral de preços, quando possível, deverá ser informatizado.

§ 6º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar preço constante do quadro geral em razão de incompatibilidade desse com o preço vigente no mercado. (g.n.)

Inicialmente instituído para as compras¹, como se verifica também pelo teor do Decreto federal nº 2.743, de 21 de agosto de 1998, foi estendido para a prestação dos serviços, através do Decreto federal nº 3.931, de 19 de setembro de 2001, com as alterações inseridas pelo Decreto federal nº 4.342, de 23 de agosto de 2002, o que foi mantido pelo Decreto federal nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013², com as alterações inseridas pelo Decreto federal nº 9.488, de 30 de agosto de 2018.

Com a criação do pregão, houve previsão legislativa expressa da possibilidade de utilização de referida modalidade para contratações de bens e serviços comuns³ para registro de preços. É o que se verifica do contido no art. 11 da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002:

Art. 11 – As compras e contratações de bens e serviços comuns, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, quando efetuadas pelo sistema de registro de preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, poderão adotar a modalidade de pregão, conforme regulamento específico.

1. Alerta Celso Antônio Bandeira de Mello que a “Lei 8.666 refere-se ao registro de preços apenas para compras e o trata muito sumariamente, apesar de recomendá-lo no art. 15, II” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 30ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 581).
2. Referido Decreto revogou expressamente o Decreto federal nº 3.931/2001.
3. Bens e serviços comuns são produtos cuja escolha pode ser feita tão somente com base nos preços ofertados, haja vista serem comparáveis entre si e não necessarem de avaliação minuciosa. São encontráveis facilmente no mercado (Tribunal de Contas da União. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br>>. Acesso em: jan. 2014.

1 O SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS - SRP

O Sistema de Registro de Preços - SRP é uma das soluções mais adequadas e satisfatórias para a atividade contratual da Administração Pública⁴, porquanto, necessitando de compras rotineiras de bens padronizados ou de obtenção de serviços, realiza procedimento licitatório onde o vencedor tem seu preço registrado em um documento denominado ‘ata’, a qual, durante o prazo de validade, pode ser usada pela mesma Administração, sem alteração do preço.

Evidente que o uso do SRP

Possibilita aquisições mais ágeis, sem burocracia e com menos custos operacionais, afastando a instauração de um sem número de licitações que busquem o mesmo objeto, além de evitar o fracionamento da despesa, uma vez que a escolha da proposta mais vantajosa já foi precedida de licitação nas modalidades concorrência ou pregão, modalidades não restritas a valores para contratação.⁵

A diferença entre o Sistema de Registro de Preços e as contratações convencionais é que, enquanto aquele se destina a selecionar fornecedor e proposta para contratações não específicas, seriadas, que poderão ser realizadas, por repetidas vezes, durante certo período, as contratações convencionais objetivam selecionar fornecedor e proposta para contratação específica, a ser efetivada ao final do procedimento pela Administração.⁶

Para aclarar o que efetivamente este instituto significa, há na doutrina inúmeras definições, dentre as quais destacamos:

Registro de preços é o conjunto de procedimentos para registro e assinatura em Ata de Preços que os interessados se comprometem a manter, por determinado período de tempo, para contratações futuras de compras ou de serviços frequentes, a serem realizadas nas quantidades solicitadas pela Administração e de conformidade com o instrumento convocatório da licitação (Hely Lopes Meirelles).⁷

O Sistema de Registro de Preços consiste num procedimento especial de licitação e contratação, a ser adotado para

4. JUSTEN FILHO, Marçal. *O sistema de registro de preços destinado ao regime diferenciado de contratações públicas*. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n. 61, março de 2012. Disponível em <<http://www.justen.com.br>>. Acesso em: jan. 2019).

5. BITENCOURT, Sidney. *Licitação através do regime diferenciado de contratações públicas* - rdc. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 185.

6. ZYMLER, Benjamin. *Regime diferenciado de contratação* – rdc. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 214.

7. MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 15. ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 83.

compras cujos objetos sejam materiais, produtos ou gêneros de consumo frequente pelo Poder Público (Eliana Goulart Leão).⁸

Sistema de Registro de Preços é um procedimento especial de licitação, que se efetiva por meio de uma concorrência ou pregão *sui generis*, selecionando a proposta mais vantajosa, com observância do princípio da isonomia, para eventual e futura contratação pela Administração (Jorge Ulisses Jacoby Fernandes).⁹

O Sistema de Registro de Preços consiste em um contrato normativo, que estabelece regras vinculantes para a Administração Pública e um particular relativamente a contratações futuras, e condições predeterminadas (Marçal Justen Filho).¹⁰

Como alertado por Marçal Justen Filho¹¹ e complementado por Jorge Ulisses Jacoby Fernandes¹², não obstante denominado ‘sistema’, não se conclui ser o instituto uma mera ‘técnica administrativa’, porquanto se traduz em um procedimento especial com relação à licitação inserida em seu contexto geral. Assim, como procedimento peculiar¹³, não se confunde com as modalidades de licitações, tampouco com os tipos de licitação.

Sobre o não enquadramento do registro de preços como modalidade licitatória, assim já se pronunciou o Tribunal de Contas da União¹⁴:

(...)10.24 Análise: **o registro de preços não é uma modalidade de licitação, e sim, um mecanismo que a Administração dispõe para formar um banco de preços de fornecedores, cujo procedimento de coleta ocorre por concorrência ou pregão. Em razão de ser um mecanismo de obtenção de preços junto aos fornecedores para um período estabelecido, sem um compromisso efetivo de aquisição, entendemos ser desnecessário, por ocasião do edital, o estabelecimento de dotação orçamentária.** Todavia, por ocasião de uma futura contratação, torna-se imprescindível a dotação

8. LEÃO, Eliana Goulart. *O sistema de registro de preços: uma revolução nas licitações*, 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 17.

9. JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Sistema de registro de preços e pregão*. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 29.

10. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários ao rdc*. p. 531.

11. JUSTEN FILHO, Marçal. *ob. cit.*, p. 531.

12. JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *ob. cit.*, p. 29.

13. Sidney Bittencourt usa a expressão ‘ferramenta de auxílio’ para designar o procedimento do Sistema de Registro de Preços (BITTENCOURT, Sidney. *Licitação de registro de preços – comentários ao decreto nº 7,892, de 23 de janeiro de 2013*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 18.

14. TCU. Acórdão nº 1.279/2008 - Plenário, Rel. Min. Guilherme Palmeira.

orçamentária para custeio da despesa correspondente, na forma do art. 11 do Decreto 3931/2001. (...) (g.n.)

O Sistema de Registro de Preços resulta de uma licitação. O particular formula proposta, obrigando-se a fornecer bens e serviços em condições predeterminadas. Essa proposta vincula o particular. Mas o resultado obtido também vincula o Poder Público. Não é gerada obrigação de contratar, mas o Poder Público está vinculado pelos termos do resultado da licitação. Deve respeitar as condições ali previstas e assume uma pluralidade de obrigações.

Ora, é exatamente por isso que, nos moldes do §4º do art. 15 da Lei nº 8.666/93, a Administração Pública não está obrigada a contratar fornecedor com preço registrado, sendo-lhe facultada a adoção de outros meios. Ao particular fica assegurado, unicamente, o direito de preferência em igualdade de condições. Assim, tanto a Administração poderá não contratar os objetos registrados se não houver necessidade quanto poderá obtê-los por meio de outra licitação, por exemplo.

A razão para a disciplina do art. 15, §4º, assegurar a possibilidade de a Administração realizar outra licitação para realizar a contratação pretendida e não se valer da ata de registro de preços em vigor é simples: evitar constranger a Administração a celebrar uma contratação desvantajosa, haja vista a existência de preços mais interessantes no mercado no momento da formação desse ajuste.

Como a ata de registro de preços tem duração de doze meses¹⁵, no curso da sua vigência, as condições de mercado podem sofrer alteração, de sorte que os preços de objetos similares àquele que teve seu preço registrado pela Administração sejam reduzidos. Nesse caso, ao contratar com o beneficiário da ata, a Administração deixaria de obter melhores condições para a satisfação da sua necessidade, o que violaria os princípios da indisponibilidade do interesse público e da economicidade.

Sendo assim, fica claro o dever de, antes de convocar o beneficiário da ata de registro de preços para celebrar o contrato, a Administração apurar os preços praticados no mercado de modo a viabilizar a análise de vantajosidade em torno dessa convocação ou justificar a instauração de procedimento licitatório.

15. Exceto no Município de São Paulo, onde o art. 13 da Lei Municipal nº 13.278, de 7 de janeiro de 2002, expressamente indica que o prazo de vigência da ata de registro de preços é de um ano, prorrogável por até igual período.

2 A PREVISÃO LEGAL DO ‘CARONA’

Em decorrência de decisões proferidas pelo Tribunal de Contas da União, o revogado Decreto federal nº 3.931/01, disciplinador do Sistema de Registro de Preços, passou a ter sua aplicação questionada, principalmente em face do tema da ‘adesão de caronas em atas de registro de preços’.

Referida Corte de Contas sempre se posicionou pela legalidade do procedimento de adesão, sendo que no Acórdão nº 1.487/2007¹⁶ já deixava patente a necessidade de fixar limites para tanto.

A transcrição de parte do voto do Ministro Relator Valmir Campelo permite atestar essa nossa assertiva:

6. Diferente é a situação da adesão ilimitada a atas por parte de outros órgãos. Quanto a essa possibilidade não regulamentada pelo Decreto nº 3.931/2001, comungo o entendimento da unidade técnica e do Ministério Público que essa fragilidade do sistema afronta os princípios da competição e da igualdade de condições entre os licitantes.

7. Refiro-me à regra inserta no art. 8º, § 3º, do Decreto nº 3.931, de 19 de setembro de 2001, que permite a cada órgão que aderir à Ata, individualmente, contratar até 100% dos quantitativos ali registrados. No caso em concreto sob exame, a 4ª Secex faz um exercício de raciocínio em que demonstra a possibilidade real de a empresa vencedora do citado Pregão 16/2005 ter firmado contratos com os 62 órgãos que aderiram à ata, na ordem de aproximadamente 2 bilhões de reais, sendo que, inicialmente, sagrou-se vencedora de um único certame licitatório para prestação de serviços no valor de R\$ 32,0 milhões. Está claro que essa situação é incompatível com a orientação constitucional que preconiza a competitividade e a observância da isonomia na realização das licitações públicas.

8. Para além da temática principiológica que, por si só já reclamaria a adoção de providências corretivas, também não pode deixar de ser considerada que, num cenário desses, a Administração perde na economia de escala, na medida em que, se a licitação fosse destinada inicialmente à contratação de serviços em montante bem superior ao demandado pelo órgão inicial, certamente os licitantes teriam condições de oferecer maiores vantagens de preço em suas propostas.

.....

Acórdão

9.2. determinar ao ... que:

16. TCU. Acórdão nº 1.487/2007 - Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo.

.....

9.2.2. adote providências com vistas à reavaliação das regras atualmente estabelecidas para o registro de preços no Decreto nº 3.931/2001, de forma a estabelecer limites para a adesão a registros de preços realizados por outros órgãos e entidades, visando preservar os princípios da competição, da igualdade de condições entre os licitantes e da busca da maior vantagem para a Administração Pública, tendo em vista que as regras atuais permitem a indesejável situação de adesão ilimitada a atas em vigor, desvirtuando as finalidades buscadas por essa sistemática, tal como a hipótese mencionada no Relatório e Voto que fundamentam este Acórdão.

No intuito de delimitar as contratações adicionais, o Tribunal de Contas da União também fixou, no Acórdão nº 2.764/2010¹⁷, alguns requisitos a serem observados pelas entidades jurisdicionadas, dentre eles a necessidade de observância dos quantitativos registrados em ata.

Destarte, foi com o Acórdão nº 1.233/2012¹⁸, que o Tribunal de Contas da União colocou uma pá de cal no tema da adesão à ata de registro de preços conforme alertado por Camila Cotovicz Ferreira¹⁹:

A última manifestação do TCU acerca da matéria consta do Acórdão nº 1.233/2012 – Plenário. Nessa oportunidade o Tribunal de Contas determinou às entidades jurisdicionadas que ‘em atenção ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório (Lei 8.666/1993, art. 3º, caput), devem gerenciar a ata de forma que a soma dos quantitativos contratados em todos os contratos derivados da ata não supere o quantitativo máximo previsto no edital.’

De acordo com as razões expostas no voto do referido decisum, a adesão ilimitada às atas de registro de preços tem sido preocupação constante do TCU, pois é prática comum entre os seus jurisdicionados que tem gerado uma série de inconvenientes.

Dentre os principais problemas diagnosticados pela Corte, destacou-se o desvirtuamento do Sistema de Registro de Preços provocado pela possibilidade de adesão ilimitada. Os órgãos e entidades da Administração Pública deixam de realizar o planejamento de suas contratações, o que deveria ser a regra para esse procedimento, pois é possível contratar muito mais do que foi efetivamente licitado.

A Corte também entendeu que a indeterminação das

17. TCU. Acórdão nº 2.764/2010 - Plenário, Rel. Min. Marcos Bemquerer.

18. TCU. Acórdão nº 1.233/2012 - Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz.

19. FERREIRA, Camila Cotovicz. *Adesão à ata de registro de preços a partir do Acórdão nº 1.233/2012 do TCU*. Disponível em <<http://www.zenite.blog.br>>. Acesso em: jan. 2019.

adesões representa ofensa ao disposto no art. 37, inciso XXI da Constituição da República e aos princípios do art. 3º da Lei nº 8.666/93. A prática do carona fere a isonomia entre os licitantes e prejudica a obtenção da proposta mais vantajosa.

Isso ocorre porque, ao permitir a adesão sem limitações, é possível que a ata de registro de preços se torne uma fonte inesgotável de contratações para o licitante vencedor, fator incompatível com os princípios da competitividade e da isonomia. Além disso, a Administração perde em economia de escala comprometendo a vantajosidade da contratação, uma vez que licita montante inferior ao que efetivamente é contratado, perdendo os descontos que poderiam ser ofertados pelos licitantes em razão do quantitativo superior.

Outros problemas apontados dizem respeito à exploração comercial das atas de registros de preços por empresas privadas e à ampliação da possibilidade de fraude ao procedimento licitatório e da prática de corrupção, especialmente em licitações de grande dimensão econômica.

Com base nessas ponderações o TCU constatou que embora o sistema de registro de preços possa propiciar significativa economia aos cofres públicos, tal vantagem não autoriza o descumprimento da legislação específica de licitação ou dos princípios que regem a matéria.

A partir do Acórdão nº 1.233/2012, julgado recente do Plenário, é possível inferir posicionamento inovador do TCU no que tange a adesão a atas de registros de preços. A Corte de Contas conferiu nova interpretação ao disposto no caput e §3º do art. 8º do Decreto nº 3.931/01 e limitou a prática do carona. Em razão dessa orientação, o total das futuras contratações derivadas de ata de registro de preços, realizadas pelo órgão gerenciador, pelos órgãos participantes e eventuais caronas não poderá ultrapassar 100% do quantitativo registrado.

Fica evidente que o TCU pretendeu dar uma interpretação final ao contido no art. 8º, §3º do Decreto federal nº 3.931/01, determinando que todas as contratações efetuadas em decorrência de uma determinada ata de registro de preços não pudessem ultrapassar 100% (cem por cento) do quantitativo registrado, incluídas aquelas realizadas pelo órgão gerenciador, pelos órgãos participantes e eventuais caronas.

Ocorre que, com isso, se instaurou uma verdadeira queda de braços entre o TCU e o Ministério do Planejamento, porquanto, em verdade, não compete ao órgão de controle estabelecer referido limite. Este deve ser feito por lei ou, no máximo, por decreto.

Na esteira dessa discussão e procurando solucionar o problema do ‘carona’, já que as situações de adesão às atas de registro de preços não encontravam reflexo na Lei nº 8.666/93, a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, ao instituir o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, expressamente a permitiu²⁰:

Art. 32. O Sistema de Registro de Preços, especificamente destinado às licitações de que trata esta Lei, reger-se-á pelo disposto em regulamento.

§ 1º Poderá aderir ao sistema referido no caput deste artigo qualquer órgão ou entidade responsável pela execução das atividades contempladas no art. 1º desta Lei.

Em complementação, o Decreto federal nº 7.581, de 11 de outubro de 2011²¹ regulamentou a adesão em seu art. 102:

Art. 102. O órgão ou entidade pública responsável pela execução das obras ou serviços contemplados no art. 2º que não tenha participado do certame licitatório, poderá aderir à ata de registro de preços, respeitado o seu prazo de vigência.

§1º Os órgãos aderentes deverão observar o disposto no art. 96.

§2º Os órgãos aderentes não poderão contratar quantidade superior à soma das estimativas de demanda dos órgãos gerenciador e participantes.

§3º A quantidade global de bens ou de serviços que poderão ser contratados pelos órgãos aderentes e gerenciador, somados, não poderá ser superior a cinco vezes a quantidade prevista para cada item e, no caso de obras, não poderá ser superior a três vezes.

§4º Os fornecedores registrados não serão obrigados a contratar com órgãos aderentes.

§5º O fornecimento de bens ou a prestação de serviços a órgãos aderentes não prejudicará a obrigação de cumprimento da ata de registro de preços em relação aos órgãos gerenciador e participantes.

Ato contínuo foi expedido o Decreto federal nº 7.892/13. Aliás, evidente que pretendeu o Governo federal determinar, de forma definitiva,

20. Marçal Justen Filho, destarte reconheça que a previsão expressa na lei da figura do aderente elimina as críticas efetuadas também à Lei nº 8.666/1993, destaca que os argumentos favoráveis à doção do ‘carona’ são improcedentes ou insuscetíveis de superar os malefícios do sistema (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários ao rdc. São Paulo: Dialética, 2013, p. 555).

21. Regulamenta o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, de que trata a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.

a adesão à ata de registro de preços, bem como rever os atos para implementação deste Sistema.

Merecem destaque os seguintes dispositivos acerca da figura do ‘carona’:

Art. 22, §3º - as aquisições ou contratações adicionais não poderão exceder, por órgão ou entidade, a cem por cento dos quantitativos dos itens do instrumento convocatório e registrados na ata de registro de preços para o órgão gerenciador e órgãos participantes.

Art. 22, §4º - o instrumento convocatório deverá prever que o quantitativo decorrente das adesões à ata de registro de preços não poderá exceder, na totalidade, ao quíntuplo do quantitativo de cada item registrado na ata de registro de preços para o órgão gerenciador e órgãos participantes, independentemente do número de órgãos não participantes que aderirem.

Art. 22, §5º - o órgão gerenciador somente poderá autorizar adesão à ata após a primeira aquisição ou contratação por órgão integrante da ata, exceto quando, justificadamente, não houver previsão no edital para aquisição ou contratação pelo órgão gerenciador.

Art. 22, §6º - o órgão não participante tem o prazo de 90 (noventa) dias, após a autorização do órgão gerenciador, para efetivar a aquisição ou contratação, observando, para tanto, o prazo de vigência da ata.

Art. 22, §7º - compete ao órgão não participante os atos relativos à cobrança do cumprimento pelo fornecedor das obrigações contratualmente assumidas e a aplicação, observada a ampla defesa e o contraditório, de eventuais penalidades decorrentes do descumprimento de cláusulas contratuais, em relação às suas próprias contratações, informando as ocorrências ao órgão gerenciador.

Art. 22, §8º - os órgãos e entidades da administração pública federal ficam proibidos de aderir à ata de registro de preços gerenciada por órgão ou entidade municipal, distrital ou estadual.

Art. 22, §9º - os órgãos ou entidades municipais, distritais ou estaduais podem aderir à ata de registro de preços da Administração Pública Federal.

Pela redação dos §§ 3º e 4º, acima transcritos, verifica-se que o tratamento dado à questão dos quantitativos do carona não foi o mesmo adotado pelo TCU, para quem todas as contratações efetuadas em decorrência de uma determinada ata de registro de preços não pode ultrapassar 100%

(cem por cento) do quantitativo registrado, incluídas aquelas realizadas pelo órgão gerenciador, pelos órgãos participantes e eventuais caronas. Isto porque, adotando o que já estava disciplinado nos §§ 2º e 3º do artigo 102 do Decreto federal nº 7.581/11 (regulamento do Regime Diferenciado de Contratações Públicas), estabeleceu:

§3º - autoriza a adesão de caronas, limitada individualmente a 100% (cem por cento) do quantitativo;

§4º - autoriza a adesão de caronas no conjunto de 500% (quinhentos por cento) do quantitativo.

3 VALIDADE DO INSTITUTO DO ‘CARONA’

Desde que a figura do ‘carona’ foi instituída pelo Decreto federal nº 3.931/01, duas correntes surgiram acerca de sua validade.

Discorrendo sobre referida polêmica, Vanessa Capistrano Cavalcante²² noticia os principais aspectos indicados por aqueles que defendem sua utilização:

Um dos argumentos favoráveis à admissibilidade da prática do “carona” seria que o uso da Ata de Registro de Preços por quem não fez parte de seu processo constitutivo se traduziria em uma forma de extensão da proposta mais vantajosa a todos os órgãos e entidades que necessitassem de objetos semelhantes.

Neste diapasão, parte da doutrina considera que não seria o caso de uma contratação direta não prevista em lei, mas de utilização de uma única licitação para a feitura de diversos contratos, haja vista que o procedimento licitatório não consistiria em um fim em si mesmo, não podendo a Administração ser impelida a repetir processos licitatórios quando já existisse proposta mais vantajosa disponível.

Com a referida posição, advogam Marcos Juruena Villela Souto e Flavio Amaral Garcia em texto do Boletim de Licitações e Contratos no qual o instituto em comento é abordado:

(...) o fato e que não cabe pregar a licitação como um fim em si mesmo. Interessa e que os contratos sejam, em regra, licitados, por quem quer que seja. O ponto não é esse! A questão é o método, o perfil do contrato e o perfil de contratante para que os preços sejam oferecidos para cada realidade específica e para cada tipo de atendimento e de julgamento.

22. CAVALCANTE, Vanessa Capistrano. “Carona” no Sistema de Registro de Preços: análise jurídica e principais mudanças advindas do Decreto 7.892/2013. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 25 jul. 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br>>. Acesso em: jan. 2019.

Outro argumento favorável aponta no sentido de que a prática resultaria em diminuição significativa de custos em face da realização de um único procedimento licitatório que culminaria em diversos negócios, racionalizando as contratações administrativas.

Análise feita por Jorge Ulysses Jacoby Fernandes se pronuncia pelas vantagens proporcionadas pelo instituto, *in verbis*:

O carona no Sistema de Registro de Preços apresenta-se como uma relevante ferramenta nesse sentido, consistindo na desnecessidade de repetição de um processo oneroso, lento e desgastante quando já alcançada a proposta mais vantajosa. Se o fornecedor tem a capacidade de atender dez ou vinte órgãos sem prejudicar a qualidade de seu serviço ou produto, e sendo sua proposta mais vantajosa, por que não permitir aos órgãos interessados aderi-la? É necessário, contudo, uma correta verificação das Atas antes de aderilas, para que realmente demonstre-se a proposta mais vantajosa. O carona tem se mostrado uma alternativa viável inclusive em casos de dispensa e inexigibilidade de licitação, tendo, muitos órgãos, deixado de utilizá-las para tornarem-se caronas e, portanto, contratar objetos que já passaram pela depuração do procedimento licitatório.

Impende salientar que, ainda no tocante aos benefícios de custo, é defendido o posicionamento de que a permissibilidade da adesão seria responsável pelo fato de que um órgão, com necessidade de aquisição inferior, seria beneficiado pelos preços praticados em um certame mais amplo. Em termos práticos, a expectativa de adesão promoveria uma potencial redução de preços por parte das empresas licitantes que não levariam em consideração somente a expectativa de consumo presente na ata, mas, também, aquela advinda de potenciais usuários, os quais não fizeram parte de seu processo constitutivo.

Assim, seriam alcançando menores custos que, em tese, não seriam atingidos através de competição licitatória que envolvesse apenas uma reduzida pretensão contratual, beneficiando tanto os órgãos participantes, como todos os órgãos aderentes com pretensões contratuais menores, que dificilmente alcançariam preços tão reduzidos em certames licitatórios próprios.

Afora a economicidade, destaca-se também a busca da eficiência com a adesão, porquanto evita que o órgão/ente público tenha que instaurar um procedimento licitatório novo, podendo se aproveitar de um já existente, bem como, que tal adesão deva ser devidamente justificada, demonstrando-se sua vantajosidade.

Adotando posição contrária, questionando, em especial, a relação existente entre o comodismo e a falta de planejamento da Administração com a inegável conveniência proporcionada pela adesão à ata por aqueles que não participaram de seu processo constitutivo, Joel de Menezes Niebuhr²³ comenta:

Para os agentes administrativos o carona é algo extremamente cômodo, porquanto os desobriga de promover licitação. Em vez de lançar processo licitatório - com todos os desgastes e riscos que lhe são inerentes -, basta achar alguma ata de registro de preços pertinente ao objeto que se pretenda contratar, e, se as condições da referida ata forem convenientes, contratar diretamente, sem maiores burocracias e formalidades. (...) nada obstante a comodidade do carona, especialmente em ser o carona, isto é, em aderir à ata de registro de preços dos outros, salta aos olhos que o instrumento em si, insista-se, preceituado no art. 8º e seus parágrafos do Decreto Federal n. 3.931/2001, avilta de modo desinibido e flagrante uma plêiade de princípios de Direito Administrativo, por efeito do que é antijurídico. Pode-se afirmar que o carona, na mais tênue hipótese, impõe agravos veementes aos princípios da legalidade, isonomia, vinculação ao edital, moralidade administrativa e impessoalidade. (...) Ocorre que a figura do carona não encontra qualquer resquício de amparo legal. A lei, nem remotamente, faz referência ao carona. A figura do carona foi criada de forma independente e autônoma por meio de regulamento administrativo, do Decreto Federal n. 3.931/2001. Nesse sentido, é forçoso afirmar que o presidente da República, ao criar o carona sem qualquer amparo legal, excedeu as suas competências constitucionais (inc. IV do art. 84 da Constituição Federal), violando abertamente o princípio da legalidade. (...) Quem poderia, em tese, criar o carona é o Poder Legislativo, por meio de lei, em obediência ao princípio da legalidade. O carona jamais poderia ter sido criado, como malgrado foi, pelo presidente da República, por mero regulamento administrativo. No Estado Democrático de Direito não se deve governar por decreto, mas por lei, conforme preceitua o princípio da legalidade, festejado de modo contundente e irrefutável pela Constituição Federal.

Em acréscimo ao problema da falha de planejamento, Madeline Rocha Furtado e Antonieta Pereira Vieira apontam que a necessidade da Administração Pública acaba por se adaptar aos objetos já descritos nas atas

23. NIEBUHR, Joel De Menezes. “Carona” em Ata de Registro de Preços: atentado veemente aos Princípios do Direito Administrativo. Revista Zênite de Licitações e Contratos-ILC, ano XII, n. 143, janeiro, 2006, p. 13-19.

de registro de preços, objetivando a adesão, invertendo-se assim a lógica das contratações.

Na necessidade de adquirir um bem ou um serviço, adere-se às Atas, nas quais o objeto não contempla a real necessidade do órgão interessado, modifica-se o pedido, suas características, suas especificidades, periodicidade, frequência na execução, prazos de recebimento, quantitativos, métodos, etc. Modifica-se o projeto inicial, visando a atender à Ata quando deveria ser o inverso, a Ata poderá ou não atender ao requisitado.

(...) Nessa ótica, ainda poderíamos trazer uma prática desordenada da adesão pelo “carona”, quando da “substituição” do objeto inicialmente registrado na Ata, por equivalente, quando o fornecedor não detém o quantitativo necessário para a adesão, muitas vezes negocia-se a substituição do objeto por outro, porém, utilizando-se os itens registrados na Ata.²⁴

Por outro lado, Ramon Alves de Melo²⁵ acrescenta que a frequente utilização da figura do “carona” tem gerado um mercado paralelo de bens e serviços oferecidos à Administração Pública, que são objeto de atas de registro de preços em vigor.

Se antes a Administração pública lançava mão da divulgação de avisos e editais dirigidos aos particulares demonstrando seu interesse em aquisição de bens e serviços. Atualmente os particulares, detentores de Atas de Registro de Preços são aqueles que divulgam seus produtos e assediam aos administradores públicos oferecendo seus produtos, com uma vantagem excepcional para a Administração pública: a desnecessidade de licitação.

O carona proporciona que representantes comerciais do quadro da sociedade empresária detentora da ata de registro ou até mesmo consultorias especializadas possam vir a oferecer (vender) os produtos que se encontram registrados na ata. O que poderá a vir constituir um enorme balcão de negócios e um incontrolável mercado paralelo às aquisições pelos órgãos públicos através de processos licitatórios. Tornando-se um rede de corrupção incontrolável, tendo em vista que de forma adesão é desprovida de qualquer tipo de controle dos atos praticados, tal como publicação, que o

24. FURTADO, Madeline Rocha e VIEIRA, Antonieta Pereira. *Cuidados nas aquisições pelo sistema de registro de preços*. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 6. n. 67, jul. 2007, p. 70-72.

25. MELO, Ramon Alves de. *O sistema de registro de preços, a figura do “carona” e a violação dos princípios jurídicos aplicáveis às licitações públicas*. Âmbito Jurídico, Rio Grande-RS. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4888>. Acesso em: jan. 2019.

decreto sequer mencionou sua necessidade. É cediço que a proteção do interesse e do patrimônio público, depende da efetiva aplicação dos mecanismo de controle à disposição da própria administração internamente, ou através de provocação do Poder Legislativo e Judiciário, para agir em defesa da moralidade e probidade administrativa.

(...)

Já existe inclusive site especializado em divulgação de Atas de registros seu endereço é: <<http://www.atasderegistro.com.br>>.

Representantes comerciais e funcionários dos fornecedores detentores de Atas de Registro já ocupam os corredores de repartição públicas em busca de interessados naquele objeto no qual teve êxito em registra-lo em Ata.

Este mercado já fora identificado pelo Professor Jair Eduardo Santana:

(...) de fato existe no mundo dos fatos: uma espécie de mercado paralelo de aquisições (bens e serviços) contratadas sem licitação, foco vitando até mesmo de corrupção e de desvios de interesses (público e privado) que chegou a produzir o que chamamos de “kit Carona”, comercializado as escâncaras diante do Poder Público.

Destarte, posição extrema sempre foi a defendida por Toshio Mukai²⁶ para quem a figura do “carona” é inconstitucional e ilegal, porquanto:

(...) por essa via, compram bens ou contratam serviços sem licitação, o que é

frontalmente contra o disposto no inciso XXI do art. 37 da CF.

Na verdade, não pode existir essa figura estranha, denominada de “carona”, porque, além do mais, é crime “*dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei*, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade” (art. 89 da Lei nº 8.666/1993).

Portanto, o órgão gestor que permitir que o “carona” se utilize da Ata de Registro de Preços, porque este não participou da licitação, comete o crime previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/1993.

No mesmo sentido, “incorre na mesma pena (detenção de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa) aquele que, tendo comprovadamente concorrido para consumação da

26. MUKAI, Toshio. *Registro de Preços: Inconstitucionalidade do Artigo 8º do Decreto Federal nº 3.931/2001 e do Artigo 15-A, §3º, do decreto Estadual nº 51.809/2007 (Figura do “Carona”)*. Possibilitação de Cometimento do Crime Previsto no Artigo 89 da Lei nº 8.666/1993. Seção Doutrina da Revista DPU nº 23, Set-Out/2008

ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público (aqui, os fornecedores contratados pelo órgão gestor também receberão as penas referidas)” (parágrafo único do art. 89 da Lei nº 8.666/1993).

Veja-se que o § 3º do art. 8º do Decreto referido dispõe que: “As aquisições ou contratações adicionais a que se refere este artigo não poderão exceder, por órgão ou entidade, a cem por cento dos quantitativos registrados na Ata de Registro de Preços”.

Outra ilegalidade aberrante aqui se esconde: se o órgão gestor, que é o contratante (ou poder vir acompanhado de outros contratantes licitadores), pelo § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666/1993, somente pode adquirir mais de 25% do valor inicial atualizado do contrato (nesse caso, o valor é o do pré-contrato Ata de Registro de Preços), como é que um órgão ou entidade (“o carona”) pode adquirir até 100% dos quantitativos registrados na Ata de Registro de Preços? E se os “caronas” forem mais de um, cada um deles pode, pelo § 3º do art. 8º, adquirir 100%. Se os “caronas” forem, por exemplo, 60 órgãos ou entidades, o valor inicial da Ata de Registro de Preços já não é mais parâmetro para nada, nem mesmo para os 25% do valor inicial da Ata.

Destarte, sob este ponto, também, o “carona” é ilegal, pelo que dispõe o referido § 3º do art. 8º do Decreto nº 3.931/2001, confrontado com o § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666/1993.

Analisando o já indicado Acórdão TCU nº 1.487/2007²⁷, alerta:

(...) caso todas as possíveis contratações ocorressem, tendo como objeto as quantidades máximas registradas na ata, também restaria claro a afronta aos princípios da moralidade e da impessoalidade (na verdade, isso foi o de menos); afrontou-se, através do Decreto nº 3.931/2001 e, depois, através da licitação para Registro de Preços do Ministério da Saúde, a regra da obrigatoriedade da licitação (art. 37, inciso XXI, da CF) e o art. 89, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993 (dispensa de licitação fora das hipóteses previstas em lei e, comprovadamente, o contratado foi beneficiado, pois concorreu para a consumação da ilegalidade, o que é crime).

Além disso tudo, não podemos nos esquecer de que o detentor da Ata de Registro foi “contratado” para fornecer um quantitativo determinado e que, no caso, forneceu o mesmo bem para os “caronas”, sem licitação (portanto, ilegalmente, pois um decreto não pode contrariar nem a Lei nº 8.666/1993, nem a Constituição), em um quantitativo

27. TCU. Acórdão nº 1.279/2008 - Plenário, Rel. Min. Guilherme Palmeira.

muito maior (a “caronas” para usufruir de uma situação, criminoso e absolutamente ilegal e inconstitucional).

Do voto do Ministro Relator, colhe-se a seguinte informação: “No caso em concreto sob exame, a 4ª Secex faz um exercício de raciocínio em que demonstra a possibilidade real de a empresa vencedora do citado Pregão 16/05 (só podia ser...) ter firmado contratos com os 62 órgãos que aderiram à ata (diga-se, como “caronas”), na ordem de R\$ 2 bilhões de reais, sendo que, inicialmente, sagrou-se vencedora de um único certame licitatório para prestação de serviços (sic – não é registro de preços?) no valor de R\$ 32 milhões”.

Observa-se, assim, que o art. 8º do Decreto nº 3.931/2001, além de possibilitar esse verdadeiro escândalo, criminoso e inconstitucional, ofende frontalmente o princípio do art. 37 da CF e do art. 3º da Lei nº 8.666/1993, ou seja, o da igualdade, o da moralidade e o da competitividade.²⁸

Reforçando seu entendimento contrário ao instituto do “carona”, Toshio Mukai²⁹ chama a colação que se está perante uma “compra feita por um órgão, sem licitação (porque o órgão não fez licitação) e o vendedor, por isso mesmo, relativamente ao que vai lhe vender, não venceu licitação nenhuma, simplesmente porque esta inexistiu”.

Nesse sentido, ao possibilitar a adesão a uma ata de registro de preços já existente, se está autorizando o cometimento de um crime, porquanto se trata de hipótese de contratação direta não elencada nas hipóteses descritas nos incisos do art. 24 da Lei nº 8.666/93³⁰, o que implica na tipificação indicada no art. 89 da mesma legislação.

Ademais, a possibilidade de “caronas” federais, estaduais e municipais implica em violência brutal do sistema federativo, acarretando também sua inconstitucionalidade.

Adotando entendimento semelhante ao defendido por Toshio Mukai, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo acabou consolidando sua jurisprudência no sentido da ilegalidade e inconstitucionalidade da figura do “carona”, conforme se observa em diversos julgados.³¹

28. MUKAI, Toshio. *Idem*.

29. MUKAI, Toshio. O efeito “carona” no Registro de Preços: um crime legal? *Revista do TCU*, nº 114/2009.

30. Elenca as hipóteses de dispensa de Licitação. Como normas gerais, referidas hipóteses são tidas como rol fechado, os quais somente podem ser acrescidos por Lei.

31. TC-15244/026/08 (2ª Câmara de 29/06/2010), no qual restou caracterizada a “incompatibilidade dos artigos 15A e 15B do Decreto Estadual n.º 47.945/03 [...] com o sistema da Lei n.º 8666/93 e com os próprios princípios constitucionais aplicáveis à matéria”, chegando-se à conclusão de que “as adesões conduzidas pela FIDE em ata de registro de preços

Como consequência, a figura do “carona” restou definitivamente revogada em outubro de 2012, por meio do Decreto estadual nº 58.494/12.³²⁻

33

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não obstante o entendimento majoritário ainda seja pela validade da adoção do “carona”, inclusive no que concerne ao Tribunal de Contas da União, certo que os apontamentos contrários, em especial acerca da vantajosidade do procedimento, acabaram acarretando a necessidade de uma revisão das condições postas no Decreto federal nº 7.892/13, o que de certa forma, implica em uma redução das hipóteses de sua utilização.

Assim, de conformidade com as alterações inseridas pelo Decreto federal nº 9.488/18:

Art. 22, §1º-A A manifestação do órgão gerenciador sobre a possibilidade de adesão fica condicionada à

produzida por órgão da Administração Pública municipal não têm respaldo legal, razão pela qual os atos em exame não comportam emissão de juízo favorável por parte deste Tribunal”. TC-19585/026/11 (Pleno de 06/07/2011), no qual foi determinada a correção de edital de licitação em relação às “cláusulas que tratam da prorrogação da Ata de Registro de Preços e a extensão do seu aproveitamento a outros órgãos da Administração (carona)”, bem como a “revisão do regramento municipal que normatiza o assunto”.

TC-2877/026/10 1ª Câmara de 19/06/2012), no qual foi determinada a formação de autos apartados das contas anuais de prefeitura municipal para exame de contratação decorrente de utilização “da Ata de Registro de Preços do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE, cuja despesa, onerando recursos próprios, foi da ordem de R\$ 212.000,00”.

TC-2701/026/09 (1ª Câmara de 06/11/2012), no qual foram julgadas irregulares as contas de autarquia estadual em razão de que “cerca de 30% (trinta por cento) das despesas com recursos próprios [...] foram empregadas nas aquisições de computadores por meio de procedimento condenado por esta Casa”, restando consignado na decisão que a “situação se agrava por se tratar de adesão a Atas de Registros de Preços editadas por Órgãos que não se encontram sujeitos à jurisdição desta E. Casa, impedindo uma verificação plena dos procedimentos que deram origem às mesmas”.

32. Altera o Decreto nº 47.945, de 16 de julho de 2003, modificado pelos Decretos nº 51.809, de 16 de maio de 2007, e nº 54.939, de 20 de outubro de 2009, que regulamenta o Sistema de Registro de Preços, previsto nos artigos 15 da Lei federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e da Lei estadual nº 6.544, de 22 de novembro de 1989, e artigo 11 da Lei federal nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e dá providências correlatas.
33. No site do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo consta artigo escrito pela Procuradora Claudine Corrêa Leite Bottesi, abordando os pontos convergentes entre o entendimento da referida Corte de Contas e o atual Decreto Federal vigente. Ela ainda adverte que: “tendo em vista a jurisprudência que se firmou nesta Corte, entendo que cabe a este Tribunal orientar os órgãos e entidades jurisdicionados para que não se utilizem do expediente denominado ‘carona’, sob pena de julgamento pela irregularidade das contratações firmadas por meio do emprego de tal instituto” (BOTTESI, Claudine Corrêa Leite. A questão “carona” e o TCE-SP. Disponível em: <http://www4.tce.sp.gov.br/sites/default/files/par-cclb-_2013-03-18_tca-008073-026-09-artigo_sitio-eletronicodecreto07892-23-01-2013_regulamenta_sistema_registro_de_precos_da_lei_8666.pdf>. Acesso em: jan. 2019).

realização de estudo, pelos órgãos e pelas entidades que não participaram do registro de preços, que **demonstre o ganho de eficiência, a viabilidade e a economicidade para a administração pública federal da utilização da ata de registro de preços**, conforme estabelecido em ato do Secretário de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Não se aplica na hipótese de adesão efetuada por órgãos e entidades de outros entes federativos (§9-A).

Art. 22, §1º-B O estudo referido no parágrafo anterior, após aprovação pelo órgão gerenciador, será divulgado no Portal de Compras do Governo federal. Não se aplica na hipótese de adesão efetuada por órgãos e entidades de outros entes federativos (§9-A).

Art. 22, §3º As aquisições ou contratações adicionais **não poderão exceder, por órgão ou entidade, a cinquenta por cento dos quantitativos dos itens do instrumento convocatório e registrados na ata de registro de preços para o órgão gerenciador e para os órgãos participantes.**

Art. 22, §4º O instrumento convocatório deverá prever que o quantitativo decorrente das adesões à ata de registro de preços não poderá exceder, na totalidade, ao dobro do quantitativo de cada item registrado na ata de registro de preços para o órgão gerenciador e para os órgãos participantes, independentemente do número de órgãos não participantes que aderirem.

Art. 22, §4º-A Previsão de regras específicas de adesão para compras nacionais.

Art. 22, §6º O órgão não participante tem o prazo de até 90 (noventa) dias, após a autorização do órgão gerenciador, para efetivar a aquisição ou contratação, observando, para tanto, o prazo de vigência da ata.

Art. 22, §10 Veda a contratação de serviços de tecnologia da informação e comunicação por meio de adesão a ata de registro de preços que não seja gerenciada pelo Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão OU por outro órgão ou entidade e previamente aprovada pela Secretaria de Tecnologia da Informação e Comunicação do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. A vedação não se aplica às hipótese em que a contratação de serviços esteja vinculada ao fornecimento de bens de tecnologia da informação e comunicação constante da mesma ata de registro de preços.

Entretanto, até o momento não há resposta oferecida pelos órgãos de controle, tampouco pela doutrina defensora do “carona”, acerca da ausência

de hipótese específica de dispensa de Licitação que valide um órgão/ente público utilizar ata de registro de preços decorrente de certame realizado por órgão/ente diverso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITTENCOURT, Sidney. Licitação através do regime diferenciado de contratações públicas - rdc. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. Licitação de registro de preços – comentários ao decreto nº 7,892, de 23 de janeiro de 2013. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BOTTESI, Claudine Corrêa Leite. A questão “carona” e o TCE-SP. Disponível em: <<http://www4.tce.sp.gov.br>>. Acesso em: jan. 2019.

CAVALCANTE, Vanessa Capistrano. “Carona” no Sistema de Registro de Preços: análise jurídica e principais mudanças advindas do Decreto 7.892/2013. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 25 jul. 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br>>. Acesso em: jan. 2019.

FERREIRA, Camila Cotovicz Adesão à ata de registro de preços a partir do Acórdão nº 1.233/2012 do TCU. Disponível em <<http://www.zenite.blog.br>>. Acesso em: jan. 2019.

FURTADO, Madeline Rocha e VIEIRA, Antonieta Pereira. Cuidados nas aquisições pelo sistema de registro de preços. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 6. n. 67, jul. 2007.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Sistema de registro de preços e pregão. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. O sistema de registro de preços destinado ao regime diferenciado de contratações públicas. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n. 61, março de 2012. Disponível em <<http://www.justen.com.br>>. Acesso em: jan. 2019.

LEÃO, Eliana Goulart. O sistema de registro de preços: uma revolução nas licitações, 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários ao rdc. São Paulo: Dialética, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e contrato administrativo. 15. ed., São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 30ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

MELO, Ramon Alves de. O sistema de registro de preços, a figura do “carona” e a violação dos princípios jurídicos aplicáveis às licitações públicas. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande-RS. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em: jan. 2019.

MUKAI, Toshio. Registro de Preços: Inconstitucionalidade do Artigo 8º do Decreto Federal nº 3.931/2001 e do Artigo 15-A, §3º, do decreto Estadual nº 51.809/2007 (Figura do “Carona”). Possibilitação de Cometimento do Crime Previsto no Artigo 89 da Lei nº 8.666/1993. Seção Doutrina da Revista DPU nº 23, Set-Out/2008.

_____. O efeito “carona” no Registro de Preços: um crime legal? *Revista do TCU*, nº 114/2009.

NIEBUHR, Joel De Menezes. “Carona” em Ata de Registro de Preços: atentado veemente aos Princípios do Direito Administrativo. *Revista Zênite de Licitações e Contratos-ILC*, ano XII, n. 143, janeiro, 2006.

Tribunal de Contas da União. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br>>.

ZYMLER, Benjamin. Regime diferenciado de contratação – rdc. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

CAPÍTULO 10

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DEMOCRÁTICA: O PASSO QUE DEVE SER DADO NA APROXIMAÇÃO COM O CIDADÃO

CIBELE CRISTINA BALDASSA MUNIZ

Doutora e Mestre em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professora da Universidade Nove de Julho.

INTRODUÇÃO

O tema a ser desenvolvido neste artigo tem seu recorte na previsão de participação popular contida na Lei de Processo Administrativo federal – Lei 9.784/99, artigos 31e 32, na formação da decisão de interesse geral ou, se for relevante, para a sociedade.

A partir de mecanismos como audiências e consultas públicas previstos na lei objeto deste estudo (“LPA”), apontaremos pontos de inflexão que necessitam ser enfrentados para o aprofundamento do diálogo entre a Administração Pública (“AP”) e o cidadão.

A legislação estrangeira já avançou, nos últimos anos, no sentido de aproximação ainda maior entre a AP e a sociedade, como é o caso da Espanha, Portugal, Itália e Argentina.

Nesses países, tornou-se obrigatório - e não mais facultativo - para a AP acionar os instrumentos participativos, especialmente as consultas e audiências públicas. Entretanto, no Brasil a LPA ainda prevê a facultatividade tanto para a consulta quanto para a audiência pública.

Não se ignora que, em nosso sistema federativo, cada ente tem a possibilidade de elaborar a sua própria legislação sobre o assunto, nem

tampouco se olvida da existência de inúmeras leis dispendo sobre a obrigatoriedade de abertura de mecanismos participativos.

Porém, o que se verifica é a significativa aplicação da LPA nos Estados e Municípios, que em sua maioria ainda não elaboraram lei própria e, portanto, aplica-se a LPA subsidiariamente. Há, outrossim, significativa incidência da LPA, também subsidiariamente, nos procedimentos relativos, por exemplo, à abertura de audiências e consultas públicas pelas

Agências Reguladoras Federais.

Há uma miríade de leis sobre matéria administrativa ao lado de uma Administração Pública ainda pouco cônica do papel a ela reservado pela Constituição Federal, sobretudo em relação à concretização dos direitos de participação direta do cidadão nas decisões e atos normativos expedidos pela AP que causem impacto nos seus direitos subjetivos, difusos ou coletivos.

Se entendermos que o Estado Democrático de Direito enfrenta grandes desafios na atualidade, a importância de modificação da Lei 9.784/99 – prevendo o diálogo entre a AP e a sociedade como obrigatório e, acompanhando já um pouco tardiamente a experiência estrangeira – é tarefa mais do que necessária.

1 A LEI DE PROCESSO ADMINISTRATIVO NO BRASIL: CENÁRIO DA SUA ELABORAÇÃO

A Lei 9.784/99 de 29 de janeiro de 1999, conhecida como Lei de Processo Administrativo, foi um dos frutos da Reforma Administrativa do Estado, capitaneada pelo então Ministro Bresser Pereira nos anos 90.

Não só à época, mas ainda hoje, a lei tem sido considerada um grande avanço na democratização da AP, apesar de não ter sido a primeira a ser editada no Brasil, pois o Estado de Sergipe foi pioneiro com a sua LC nº 33/1996, seguido pelo Estado de São Paulo com a sua Lei 10.177/98.

Também, a lei foi bem mais tardia do que as suas congêneres estrangeiras: Estados Unidos da América do Norte (Administrative Procedure Act – APA, em 1946), Espanha (Ley 30/1992 de Regime Jurídico de las Administraciones Públicas e Procedimiento Administrativo Común), Portugal (Decreto-Lei 442/91), Itália (Legge sul procedimento amministrativo 241/90), Argentina (Ley de Reforma del Estado 23.696/1989), Alemanha (*Verwaltungsverfahrensgesetz* – Lei Alemã do Procedimento Administrativo de 1976).

Ressalte-se que tanto a LPA brasileira quanto as legislações estrangeiras sobre o tema tentavam reorientar a tomada de decisão pela Administração Pública que se operava, preponderantemente, de forma desordenada, ineficiente, não transparente, sem motivação e violadora das garantias constitucionais previstas aos cidadãos.

A participação do cidadão na AP brasileira é um direito previsto constitucionalmente no artigo 37, § 3º, e uma das formas de ser operado é por meio do processo administrativo, que, dentre outras consequências, amplia a finalidade do processo administrativo no sentido de legitimar o poder exercido pelo Estado na função administrativa.

Reforça esse entendimento Odete Medauar:

Extrapolou-se o perfil do processo administrativo ligado somente à dimensão do ato administrativo em si, para chegar à legitimação do poder (...). O processo administrativo instrumentaliza as exigências pluralistas do contexto sociopolítico do fim do séculoXX e a demanda de democracia na atuação administrativa.¹

O Estado de Democrático de Direito tem a participação popular como sua essência, haja vista a disposição do artigo 1º, parágrafo único da Constituição Federal de 1988, na formulação “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

O princípio da soberania popular, portanto, está na base do Estado Democrático, que pressupõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública e que não se exaure na simples formação das instituições representativas, que são um apenas um estágio da evolução do Estado Democrático e não o seu completo desenvolvimento.²

No Brasil, a previsão de participação popular por meio de consultas públicas, quando se tratar de decisão que afete interesses de terceiros, na disposição do artigo 31 da LPA, ou de audiências públicas, em decisões administrativas sobre matérias relevantes, na disposição do artigo 32 do mesmo diploma, são importantes instrumentos que identificam o esforço do legislador na superação da distância entre a Administração e o administrado, conferindo legitimação e consensualização³ das decisões de interesse geral ou relevantes para a sociedade.

1. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. P. 164.

2. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. P. 117.

3. A consensualização não se confunde com consenso. Este pode advir ou não dos mecanismos pró-consensuais. A concretização da consensualidade é, neste caso, potencial. Cf. MARRARA,

Entende-se legitimação no sentido conferido por Irene Nohara, como um processo em que se garante à sociedade maior transparência e controle preventivo da AP (pois realizado no processo de formação da decisão administrativa), maior democratização (a vontade é estatal, não dos agentes individuais, e pública, pois voltada aos interesses da coletividade, na sua concepção primária) e respeito à dignidade dos cidadãos.⁴

A Constituição de 1988, ao qualificar o nosso Estado como *Democrático de Direito*, instituiu novos critérios para a caracterização da legitimidade e transparência das atividades administrativas.⁵

É possível afirmar, portanto, que se instituiu no Brasil, através do novo pacto social firmado na Constituição de 1988, um novo padrão de atuação da AP, que deve se orientar na construção do interesse público num diálogo profícuo e contínuo com a sociedade. A legitimação e a consensualização das suas decisões mais relevantes deve passar pela abertura à participação da sociedade.

Segundo Egon Bockam Moreira, trata-se de uma nova dimensão do processo administrativo, uma terceira espécie que emergiu para o aprofundamento da democracia e da justiça social no país.⁶

Pedro Salazar Uzarte, reforça esse entendimento ao fazer uma conexão esclarecedora sobre a democracia e a justiça social. Para ele, ao se falar em participação do cidadão é importante ter em mente que participação é essa e para qual tipo de democracia. Por isso, somente controlando democraticamente a utilização do capital acumulado e os recursos naturais da sociedade que será possível garantir as condições materiais mínimas a todas as pessoas e uma participação livre.⁷

Significa dizer que o cidadão, a partir da concepção renovada de democracia, deve estar no epicentro das dimensões política e administrativa, participando de maneira efetiva da condução do Estado.

A Constituição de 1988, fruto do processo de redemocratização da sociedade brasileira, ocorrida após a superação de mais de duas décadas

Thiago *Direito Administrativo brasileiro: Transformações e Tendências*. In MARRARA, Thiago (org). *Direito Administrativo Transformações e Tendências*. São Paulo: Almeida, 2014. P. 41.

4. NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2011. P. 240
5. MELLO, Shirlei Silmara de Freitas; MARQUES, Stanley Souza. *Consulta Popular e Audiência Pública: por um processo administrativo federal dialogado*. Disponível em www.publicadireito.com.br. Acesso em 16/09/2017.
6. MOREIRA, Egon Bockman. *Processo Administrativo: princípios constitucionais, a Lei 9.784/1999 e o Código de Processo Civil/ 2015*, 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017. P. 105.
7. UZARTE, Pedro Salazar. *Que participação e para qual democracia*. In COELHO, Vera Schattan P.; NOBRE, Marcos (orgs). *Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Editora 34, 2004. P.102.

de regime militar, foi elaborada instituindo a construção de um Estado Democrático de Direito⁸, cuja finalidade é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de todos, sem qualquer tipo de preconceito ou discriminação, garantindo o desenvolvimento nacional.⁹

Di Pietro identifica a dimensão democrática do Estado Social, ensinando que no Estado Democrático de Direito a participação popular se torna elemento obrigatório nas decisões e no controle da Administração Pública. Esse vetor democrático implica caber ao Estado a realização material da ideia democrática de igualdade, e à Administração Pública a adoção de medidas concretas para se alcançar a democratização, com a substituição da hierarquia autoritária por formas de deliberação colegial, transparência e publicidade do processo administrativo e gestão participativa dos administrados na gestão da administração pública. “Isto em consonância com a ideia de que ao Estado Social de Direito hoje se acrescenta um novo elemento que permite falar em Estado Social Democrático de Direito”.¹⁰

No entanto, empreender a democracia participativa no Estado Brasileiro, conforme determina a Constituição de 1988, configura-se um grande desafio.

Para a Administração Pública democratizar a sua atuação, abrindo-se à participação popular, é necessário trilhar um caminho ao mesmo tempo renovador da democracia, como também educador, tanto para a própria Administração Pública e o seu complexo de servidores, quanto para a sociedade em geral.

Desde a Constituição de 1988 foram construídos dois modelos de gestão do Estado brasileiro, denominados por Ana Paula Paes de Paula de gerencial e societal, ambos tentando criar alternativas de gestão administrativa que orientassem a AP a atuar de forma democrática, ativando mecanismos que garantissem maior transparência, controle, moralidade, eficiência e participação da sociedade.¹¹

O modelo societal tem origem nos movimentos sociais brasileiros dos anos 60, com desdobramentos nos anos posteriores. Enfatiza a participação social, por isso é participativo no nível das instituições, voltado

8. Constituição Federal, artigo 1º

9. Constituição Federal, artigo 3º

10. DI PIETRO, Maria Sylvania. *Discrecionalidade Administrativa*. 2ª ED. São Paulo: Atlas. 2001.P. 49.

11. PAULA, Ana Paula Paes de. *Por uma nova gestão pública: limites e potencialidades da experiência contemporânea*. Rio de Janeiro: FGV, 2005. P. 175.

para a elaboração de estruturas e canais que viabilizem a participação popular. A sua abordagem de gestão é focada nas experiências elaboradas a partir das demandas do público-alvo. Seu projeto de desenvolvimento se volta aos interesses nacionais, e na construção de instituições políticas e públicas mais abertas à participação da sociedade e voltadas para as necessidades do cidadão. Contudo, não elaborou mais sistematicamente alternativas de gestão coerentes com o seu projeto político e ainda não desenvolveu estratégia de articulação das dimensões econômico-financeira, institucional-administrativa e sociopolítica da gestão pública.¹²

O modelo gerencial, por sua vez, origina-se no alinhamento do Brasil ao movimento internacional pela reforma do Estado, iniciado nos anos 80 da Inglaterra e EUA. Ele é participativo no nível do discurso, mas centralizador no que se refere ao processo decisório e à construção de canais de participação popular. Enfatiza a eficiência administrativa e se baseia no ajuste estrutural e nas recomendações de organismos multilaterais internacionais. Adota uma abordagem de gestão que enfatiza a adaptação das recomendações gerencialista para o setor público. Apesar de possuir maior clareza sobre a organização do aparelho do Estado e métodos de gestão, resultando em melhor eficiência no setor econômico e financeiro, centraliza o processo decisório e não estimula a criação de instituições políticas mais abertas à participação social, focando-se mais nas dimensões estruturais do que nas dimensões sociais e políticas da gestão. Implementou um modelo que não foi construído na sua completude no país.¹³

Note-se que a Lei de Processo Administrativo federal nasceu no contexto inicial da instituição do modelo gerencial, no bojo da implementação da Reforma do Estado, e prevê a participação da sociedade também em outros dispositivos além dos artigos 31 e 32 mencionados.

Há nela previsão de instrumentos onde se percebe estar facilitada a participação, como o direito à informação, a motivação das decisões, as regras sobre publicidade e a participação dos administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas.

Contudo, como se denota da crítica tecida por Ana Paula P. de Paula, a sua ampla e efetiva penetração do cidadão no aparelho do Estado, como uma prática normal e necessária, ainda encontra um longo caminho a percorrer.

Observe-se que houve uma tentativa mais recente de construir um modelo com contornos mais estruturados da participação direta da sociedade

12. Cf. Idem. P. 170.

13. Idem. P. 178.

nagem administrativa—Decreto 8.243/2014. Contudo, ele não foi aprovado no Congresso Nacional, demonstrando que o direito de participação direta do cidadão ainda é um “tabu” para muitos setores da sociedade,¹⁴ apesar da opção pela Constituição de 1988 pelo modelo semidireto de democracia, ao prever ao lado da escolha do cidadão dos seus representantes através do voto, a sua participação direta, por plebiscitos, referendos e iniciativa popular.

Essa opção de participação popular inaugurou um novo momento em que se demanda do Estado abrir a sua burocracia em termos de transparência e criação de uma esfera pública adequada ao diálogo, com o compartilhamento das decisões que causarem impacto na sociedade.

A demanda é retirar:

Das instâncias burocráticas de poder a exclusividade na deliberação sobre as medidas prioritárias e as políticas públicas correspondentes para atender aos interesses públicos mais imediatos, abrindo expressivas possibilidades de interlocução e controle comunitários.¹⁵

A existência de uma Lei de Processo Administrativo, nesse contexto, é a garantia, ao menos legal, do proceder democrático porque uniformiza o processo de tomada de decisão da AP, tornando-se menos opaca, mais previsível e observadora dos direitos e interesses do cidadão.

Uma Administração Pública democrática sem a participação do cidadão seria um contrassenso. Por isso a LPA fez constar dentre as suas normas aquelas sobre consultas e audiências públicas, dois instrumentos importantes para essa equação, abrindo a possibilidade de outros instrumentos que possam servir a essa interação democrática.

Dentro da concepção da época em que foi gestada, a LPA deixou a critério do administrador público a discricionariedade para lançar mão ou não, desses instrumentos participativos.

14. As manifestações da imprensa e da bancada da oposição ao Governo de Dilma Rousseff, foram no sentido de que se tratava de um projeto antidemocrático, visando modificar a ordem constitucional pautada na democracia representativa. Não nos estenderemos nessa questão que, apesar de importante, é lateral para esse artigo, mas seguem indicados alguns links demonstrativos da afirmação por nós tecida: “Mudança de regime por decreto” em <https://opinio.estadao.com.br/noticias/geral,mudanca-de-regime-por-decreto-imp-,1173217>, acesso em 28/01/2019; Nessa mesma linha, “Dois dias depois da eleição, Câmara derruba decreto bolivariano de Dilma” em <https://veja.abril.com.br/politica/dois-dias-depois-da-eleicao-camara-derruba-decreto-bolivariano-de-dilma>, acesso em 28/01/2019.

15. NOHARA, Irene Patrícia. *Participação Popular No Processo Administrativo*: consulta, audiência pública e outros meios de interlocução comunitária na gestão democrática dos interesses públicos, in NOHARA, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de (orgs). *Processo Administrativo: Temas Polêmicos da Lei 9.784/ 99*. São Paulo: Atlas, 2011. P. 80.

Note-se haver diferenças e semelhanças entre a consulta pública e a audiência pública, não somente no concernente ao tipo de interesse que afetará o cidadão, como no seu procedimento, apesar de não ter havido, até o momento, disposição legislativa que conceituasse a consulta e a audiência pública.

Nesse aspecto, o citado Decreto 8.243/2014, sustado pelo Congresso Nacional tentou avançar:

Art. 2º Para os fins deste Decreto, considera-se:

(...)

VIII— audiência pública - mecanismo participativo de caráter presencial, consultivo, aberto a qualquer interessado, com a possibilidade de manifestação oral dos participantes, cujo objetivo é subsidiar decisões governamentais;

IX— consulta pública - mecanismo participativo, a se realizar em prazo definido, de caráter consultivo, aberto a qualquer interessado, que visa receber contribuições por escrito da sociedade civil sobre determinado assunto, na forma definida no seu ato de convocação.

O Decreto foi uma tentativa de uniformizar através da normatização, uma prática já corrente não somente no Brasil que, grosso modo, diferencia a consulta pública, como um mecanismo de participação da sociedade civil por escrito e não presencial, da audiência pública, que demanda participação presencial e debates orais.¹⁶

As consultas e audiências públicas, como se depreende, caracterizam-se como mecanismos participativos, de interação entre a AP e a sociedade na gestão dos interesses públicos.

Thiago Marrara entende possibilitarem esses mecanismos de participação que pessoas físicas ou jurídicas, não configuradas no processo administrativo como interessados, apresentem as suas sugestões, críticas e comentários sobre a matéria, caso a decisão tiver o potencial de impactar determinados interesses para além daqueles defendidos pelos interessados no processo administrativo.¹⁷

16. Para maior aprofundamento sobre essa questão, verificar: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo & RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. *Curso de Direito Administrativo*. trad. José Alberto Froes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. P. 113. Nesse sentido, também : GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho administrativo y obras selectas*. Tomo 2. Sección IV. Cap.XI. Buenos Aires: *Fundación de Derecho Administrativo*, 2006. P. 448. Assim como: NOHARA, Irene Patrícia & MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de. *Proceso Administrativo: temas polêmicos da Lei 9.784/99*. Op. Cit. P. 80 e 96.

17. MARRARA, Thiago; NOHARA, Irene Patrícia. *Proceso Administrativo: Lei 9.784/99 comentada*. São Paulo: Atlas, 2009. P. 265.

Garcia de Enterría vai além, ao dizer que esses mecanismos propiciam a abertura da AP à sociedade ao mesmo tempo em que promovem o empoderamento do cidadão, que passa a atuar como um “membro da comunidade, *uti socius, uti cives*, como simplesmente afetado pelo interesse geral”.¹⁸

A participação torna possível ao cidadão tomar “consciência crítica de seu papel de transformação social”¹⁹, transformando o seu papel tradicional de “objeto das decisões alheias e alçado à categoria de sujeito”²⁰

2 O PONTO DE INFLEXÃO NA LEI 9.784/99: UM OLHAR EVOLUTIVO QUE MERECE SER ANALISADO

A edição da LPA não pode ser destituída de importância, porque constituiu-se num avanço para o estabelecimento de uma atividade administrativa mais transparente e democrática.

Porém, o legislador perdeu uma boa oportunidade de uniformizar a utilização de importantes instrumentos de democratização da atividade administrativa, cada vez mais solicitados na atualidade, bem como de garantir a legitimação e consensualização de muitas decisões administrativas que impactam diretamente a sociedade.

Vinte anos após a sua edição, as disposições da LPA sobre a aproximação da AP e cidadão, por conta da previsão da discricionariedade e não da obrigatoriedade de abertura de consultas e audiências públicas, encontra-se mais restritiva à participação da sociedade do que as suas congêneres estrangeiras.

Um novo olhar deve ser lançado sobre a democratização da Administração Pública através dos mecanismos de participação da sociedade. Um olhar evolutivo, que acompanha a realidade da demanda de participação por parte dos cidadãos, respaldado pela experiência estrangeira, que recentemente já caminhou para além da facultatividade da abertura dos instrumentos participativos.

18. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo & RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. *Curso de Direito Administrativo*. Op. Cit. P. 112.

19. NOHARA, Irene Patrícia & MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de. *Processo Administrativo*. Op. Cit. P. 82.

20. Idem.

2.1 O ÂMBITO DE INCIDÊNCIA DA LEI 9.784/99 NA FEDERAÇÃO – OS ESTADOS E CAPITAIS QUE ELABORARAM A SUA PRÓPRIA LEGISLAÇÃO

A importância de uma lei geral de processo administrativo, ainda que a sua aplicação seja de âmbito federal (incluindo o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, nas suas funções administrativas), é a possibilidade de ampliar aos demais entes, por seu aspecto de subsidiariedade, que não possuem a legislação própria sobre procedimento administrativo, bem como para completarem as lacunas de leis especiais.

Não se ignora que no contexto da reforma do Estado brasileiro nos anos 90, houve edição de inúmeras leis garantidoras da participação popular na formação da vontade administrativa, por meio dos mecanismos da audiência e consulta públicas.²¹

Maria Sylvania Di Pietro ensina que, por não se tratar de competência exclusiva nem concorrente da União, a cada membro federativo foi conferida a competência para legislar sobre os seus processos administrativos. Tal enfoque levaria ao entendimento de que a Lei 9.784/99 se aplicaria somente na seara da administração federal.²²

Contudo, salienta a autora, a LPA estabeleceu normas básicas sobre os processos em geral e não processos específicos, sendo o seu principal objetivo dar concretude aos princípios constitucionais que garantem os direitos dos cidadãos perante a AP. Portanto, no momento em que se refere a princípios constitucionais e em direitos do cidadão, entra-se na esfera de temas de interesse nacional, e como consequência, de competência da União.²³

José dos Santos Carvalho Filho confirma esse entendimento:

As normas da Lei 9.784/99 têm caráter genérico e subsidiário, ou seja, aplicam-se apenas nos casos em que não haja lei específica regulando o respectivo processo administrativo ou, quando haja, é aplicável para complementar as regras especiais.²⁴

21. Cite-se como exemplo algumas delas: Lei 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos), Lei 9.427/96 (instituidora da Agência Nacional de Energia Elétrica), Lei 9.472/97 (instituidora da Agência Nacional de Telecomunicações), Lei 9.478/97 (lei instituidora da Agência Nacional do Petróleo), Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade).

22. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *A Lei de Processo Administrativo: sua idéia matriz e âmbito de aplicação*. In NOHARA, Irene Patrícia & MORAES FILHO, Marco Antonio Paredes de. *Processo Administrativo: Temas Polêmicos da Lei no 9.784/99*. São Paulo: Atlas, 2011. P. 190.

23. Idem.

24. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 23a ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P. 1068.

Ao se editar uma lei de processo administrativo federal, o aspecto político se funde à dimensão jurídica, propiciando ao cidadão o direito à participação, nos termos regulados pela lei. Além disso, o cidadão, de objeto das decisões tomadas por terceiros em seu nome, é galgado à categoria de sujeito, propiciando a construção de uma consciência crítica do seu papel de transformação social.²⁵

Em que pese a consulta e a audiência pública consagrarem a noção de Estado Democrático de Direito, por envolverem questões de interesse e de relevância para a sociedade, a LPA deixou ao administrador público boa margem de discricionariedade na abertura dos instrumentos participativos. A LPA não o obriga a abrir consulta ou audiência pública sempre que a matéria envolver assunto de interesse geral ou for considerada relevante.²⁶

Entende-se que essa faculdade conferida ao administrador público, tendo-se em conta as dificuldades históricas do Estado brasileiro de transparência, de rompimento com o patrimonialismo e de formação da vontade pública dialogada com a sociedade, fez com que pouco se avançasse na democratização da AP no Brasil.

Se o administrador público pode decidir sem as amarras de uma decisão compartilhada, a tendência é que dessa forma mais simples, procederá.

A pouca disposição dos entes federativos em legislar sobre processo administrativo nos deixa pistas das suas resistências. Inclusive, a realidade brasileira é contar com a maior parte dos Estados e a quase totalidade dos Municípios não possuidores de suas próprias leis de processo administrativo.

Dos 27 Estados componentes da federação brasileira, apenas 12 contam com legislação própria, e todos os 12 Estados, sem exceção, replicaram a facultatividade prevista nos artigos 31 e 32 da LPA federal. Deixaram, portanto, a critério do administrador público acionar ou não os instrumentos participativos.

Os Estados que contam com legislação própria sobre processo administrativo são: Alagoas (Lei 6.161/2000), Amazonas (Lei 2.794/2003), Bahia (Lei 12.209/2011), Goiás (Lei 13.800/2001), Maranhão (Lei 8.959/2009), Mato Grosso (Lei 7.692/2002), Minas Gerais (Lei 14.184/2002), Pernambuco (Lei 11.781/200), Rio de Janeiro (Lei

25. NOHARA, Irene Patrícia. *Participação Popular no Processo Administrativo*: consulta, audiência pública e outros meios de interlocução comunitária na gestão democrática dos interesses públicos, in NOHARA, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antonio Paredes (orgs). *Processo Administrativo*: Temas Polêmicos da Lei 9.784/99. São Paulo: Atlas, 2011. P. 82.

26. Nesse sentido, NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. Op. Cit. P. 266. E, também, MARRARA, Thiago & NOHARA, Irene Patrícia. *Processo Administrativo*. Op. Cit. P. 265.

5.427/2009), Roraima (Lei 418/2004), São Paulo (Lei 10.177/98), Sergipe (Lei Complementar 33/1996).

O quadro piora relativamente às capitais dos Estados. Somente um número inexpressivo delas elaborou a própria legislação, e quando o fizeram, houve a repetição da fórmula da facultatividade.

As capitais estaduais que contam com legislação administrativa própria são: Manaus (Lei 1.199/2015), Goiânia (Lei 9.861/2016), Cuiabá (Lei 5.806/2014) e São Paulo (Lei 14.141/2006). No Mato Grosso do Sul, apesar de nem o Estado nem capital contarem com legislação própria, o Município de Dourados elaborou a sua, a saber, Lei 2.551/2003.

Por outro lado, esses dados revelam a amplitude da incidência subsidiária da LPA no âmbito da federação: em 56% dos Estados e em 85% das Capitais.

2.2 A MIRÍADE LEGISLATIVA SOBRE PROCESSO ADMINISTRATIVO NO BRASIL – AS AGÊNCIAS REGULADORAS TOMADAS COMO EXEMPLO

Se tomarmos como exemplo a produção normativa das Agências Reguladoras federais, verificaremos ter ocorrido a partir de 2011 intenso movimento de normatização interna, regulamentando a matéria participativa.

Antes, porém, importante destacar que das 10 Agências Reguladoras Federais: Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL (Lei 9.427/96), Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL (Lei 9.472/97), Agência Nacional do Petróleo – ANP (Lei 9.478/97, alterada pela Lei 12.490/2011), Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA (Lei 9.782/99), Agência Nacional de Saúde – ANS (Lei 9.961/2000), Agência Nacional de Águas – ANA (Lei 9.984/2000), Agência Nacional de Transporte Terrestre – ANTT e Agência Nacional de Transporte Aquáticos – ANTAQ (ambas criadas pela Lei 10.233/2001), Agência Nacional de Cinema – ANCINE (Lei 2.219/2001) e Agência Nacional da Aviação Civil – ANAC (Lei 11.182/2005), em apenas seis delas (ANEEL, ANATEL, ANP, ANTT, ANTAQ e ANAC) há previsão legal de participação da sociedade na elaboração de atos normativos, anteprojetos de lei e decisões relevantes, por meio de consultas e audiências públicas, nem sempre obrigatórias.

Nas legislações instituidoras das outras quatro Agências não há previsão de mecanismos participativos. Nessas incide, portanto, subsidiariamente, a aplicação dos artigos 31 e 32 da Lei de Processo Administrativo federal (Lei 9.784/99).

Não há uniformização legal quanto a previsão e tipologia dos mecanismos participativos. Além disso, os dispositivos legais existentes possuem baixa densidade normativa quanto à participação da sociedade na democratização das decisões da AP (caso da Lei 9.784/99) ou das Agências Reguladoras (caso das suas leis instituidoras).

Por isso, e pelas especificidades do direito regulatório, formulado sobre demandas concretas, complexas, matérias técnicas, negociações com os setores regulados, impactos nas sociedade, observa-se um movimento mais intenso de normalização interna da maioria das Agências Reguladoras, regulamentando matéria participativa a partir de 2011, como ocorreu com a ANTT (Resolução 3705/2011), ANCINE (Resolução da Diretoria Colegiada 40/2011), ANA (Resolução 52/2011), ANEEL (Resolução Normativa 483/2012) e ANATEL (Resolução Normativa 612/2013).

Essas Resoluções trazem disposições como o dever de divulgação, no ato de aviso de audiência ou de consulta pública, dos documentos produzidos pela Agência sobre a matéria objeto da convocação para maior entendimento e qualificação das contribuições da sociedade; etapa pública preparatória e anterior à audiência pública; elaboração e disponibilização ao público de Análise de Impacto Regulatório; expedientes eletrônicos como audiências por videoconferência, apresentação das contribuições da sociedade e setor regulado nas consultas públicas via eletrônica, via rede social na Web, além do correio postal; novas modalidades participativas como Tomada de Subsídio, Reunião Participativa e Consulta após a Audiência Pública; apresentação por pessoa física ou jurídica de proposta normativa perante a Agência Reguladora; possibilidade de qualquer pessoa solicitar abertura de audiências e consultas públicas perante a Agência Reguladora, obrigatoriedade de elaboração de relatório circunstanciado e motivado sobre as audiências ou consultas públicas.

A leitura das leis e atos normativos administrativos demonstram que, apesar da inovação pelas resoluções de mecanismos participativos, as audiências e consultas públicas continuam preponderando na construção, com a sociedade, dos atos normativos e de decisões com relevância social. Demonstram, ainda, uma heterogeneidade de conceitos utilizados em relação a um mesmo mecanismo participativo, com potencial de gerar dificuldade de compreensão, por parte da sociedade, sobre os instrumentos participativos de que tem o direito de atuar.

O artigo 1º, § 3º, 4º e 5º da Instrução Normativa 18/2009 da ANAC, por exemplo, sobre a audiência pública, normalmente entendida como um instrumento participativo presencial, com debates orais, dispõe

ser ela também considerada um instrumento sem debates presenciais, confundindo-se com a consulta pública, cuja participação da sociedade ocorre por meio de contribuições escritas e não presenciais.

Há diferenças, também, quanto à consulta pública.

A ANEEL (art. 23 da Resolução Normativa 483/2012) e a ANP (art. 3º da Resolução 5/2004) consideram ser ela um instrumento que pode ser utilizado numa fase anterior e preparatória da audiência pública, ao mesmo tempo em que a ANATEL (art. 59 da Resolução 612/2013) e ANS (art. 4º da Resolução Normativa 242/2010) a conceituam como uma fase autônoma que esgota em si a produção normativa. Ou, ainda, a consulta pública pode ser entendida como um instrumento participativo a ser utilizado num grau inferior (Superintendência) da hierarquia estrutural da ANEEL (art. 23 da Resolução Normativa 483/2012), para os atos de competência do Superintendente. Ou, por fim, como acontece na ANTT, como instrumento utilizado numa fase posterior à audiência pública realizada.

Há fragmentação em demasia que bem poderia ser solucionada numa lei geral, que trouxesse os conceitos nucleares de cada instrumento participativo já criado, em especial a audiência e consulta públicas.

Ressalte-se que o movimento constatado nas Agências Reguladoras é o de uniformizar e racionalizar os seus procedimentos normativos, não sendo razoável que ele ocorra somente internamente em cada uma delas.

Todos esses procedimentos próprios, novos instrumentos, conceitos distintos, tendem a dificultar a compreensão e o controle social sobre as atividades das Agências.

As Agências Reguladoras, apesar do fetiche inicial de sua criação como autarquias especiais, altamente técnicas e qualificadas para a regulação no novo mercado globalizado, tendem a seguir o mesmo caminho de praxe exclusivista no proceder administrativo brasileiro. Acrescente-se o fato da tradição no Brasil de tratar matérias administrativas de forma específica, como licitação, concessão de serviço público, processo administrativo, servidores públicos, dentre outros tantos exemplos.

Como se verifica, tudo colabora em matéria administrativa para o distanciamento do cidadão do proceder administrativo, reduzindo consideravelmente a sua possibilidade colaborar com a construção dos atos normativos e decisões relevantes, bem como do consequente controle popular da Administração Pública.

2.3 A TENTATIVA DE UNIFORMIZAÇÃO DE ABERTURA DOS MECANISMOS PARTICIPATIVOS NA LEI 13.655/2018

Visando a corrigir a incoerência sistêmica que permeia não somente a produção da legislação administrativa, como também a do próprio direito público no Brasil, Carlos Ary Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto elaboraram um anteprojeto de projeto de lei, acolhido pelo senador Antonio Anastasia, para a incluir na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/1942, alterado pela Lei 12.376/2010), “disposições para elevar o nível de segurança jurídica e de eficiência na criação e aplicação do direito público”.²⁷

Dentre os vários dispositivos que se referem ao direito administrativo, constava a obrigatoriedade de abertura de consultas públicas na edição de atos normativos por autoridade administrativa. E dessa forma foi aprovado no Senado Federal.²⁸

Injustificadamente, na redação do autógrafo assinado em 19 de abril de 2017, o verbo **será** foi modificado para **poderá**, alterando completamente o sentido dado originalmente pelo autor do Projeto de Lei no Senado Federal.

Assim modificado foi recebido e aprovado pela Câmara dos Deputados, sancionado pelo Presidente da República e publicada a nova Lei 13.655/2017.

O que poderia ser um passo importante na democratização da Administração Pública, ao menos no que tange à participação popular na produção de atos normativos, não avançou um milímetro, dada a injustificada, para não dizer irregular, modificação ocorrida na redação do autógrafo no Senado Federal do Projeto de Lei 349/2015.

Se partirmos da realidade sobre o âmbito de incidência na federação brasileira da lei geral de processo administrativo – Lei 9784/99, bem como em legislações especiais que se omitiram na previsão de mecanismos participativos e, também, da miríade normativa sobre o tema, nos depararemos com a importância de alteração dos artigos 31 e 32 da LPA no sentido de tornar obrigatórias as consultas e audiências públicas, assim como conceituá-las de modo adequado.

27. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo & SUNDFELD, Carlos Ary. *Uma nova lei para aumentar a qualidade jurídica das decisões públicas e de seu controle*. in SUNDFELD, Carlos Ary (org). *Contratações Públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. P. 277.

28. Conforme se verifica na tramitação do PLS 349/2015, disponível no site do senado federal, entrada de busca no google como “tramitação do Projeto de Lei 349/2015 no senado”. E Busca no google como “tramitação do PL 7448/2017 na Câmara dos Deputados”. Acesso em 30 de dezembro de 2017.

Esse aprofundamento propugnado da participação popular já aconteceu nas legislações estrangeiras nos últimos anos.

3 O PASSO À FRENTE DADO PELA LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA

Recentemente a Espanha editou a *Ley 39/2015 (Ley del Procedimiento Administrativo Común de Las Administraciones Públicas)* que avançou na democratização da relação cidadão-administração, ao prever a obrigatoriedade na abertura de mecanismos participativos. Na legislação, a dispensa da abertura dos mecanismos participativos somente está autorizada em casos de normas orçamentárias ou organizativas de toda a Administração, quando concorram graves razões de interesse público, quando a proposta normativa não cause impacto significativo na atividade econômica, não imponha obrigações relevantes aos destinatários ou regule aspectos parciais de uma matéria; caso a norma sobre o exercício da iniciativa legislativa ou sobre o poder regulamentar da Administração previr a tramitação urgente destes procedimentos (artigo 133, 4, da *Ley 39/2015*). Portanto, a obrigatoriedade é a regra e a dispensa dos mecanismos participativos é a exceção, a ser devidamente motivada²⁹.

A participação prévia do cidadão quando da elaboração de um projeto, anteprojecto de lei ou de regulamento também é obrigatória, mediante consulta pública aberta através do portal da web da Administração Pública competente, para recolher a opinião das pessoas e das organizações potencialmente afetadas pela futura norma, sobre os problemas que se pretendam solucionar com a iniciativa, a necessidade e oportunidade de sua aprovação, os objetivos da norma e as possíveis soluções alternativas reguladoras ou não reguladoras (artigo 133, 1, da *Ley 39/2015*).

Em Portugal, o novo Código de Procedimento Administrativo, Decreto-Lei 04/2015, assim como na Espanha, prevê a obrigatoriedade de abertura de audiência pública (escrita ou oral) em casos de regulamentos cujas disposições afetem de modo direto e imediato direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos. A possibilidade de não abertura do mecanismo democrático é exceção de deve ser devidamente motivada (artigo 100º do Decreto-Lei 04/2015).

Na Itália, a Lei Geral de Procedimento Administrativo – Lei 241/90 não prevê a abertura de mecanismos participativos, contudo, prevê a

29. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis. *La Elaboración de los Reglamentos*. In LÓPEZ MENDUO, Francisco (Director). *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*. Colección Instituto García Oviedo Núm. 3. Sevilla: Editorial Universidad Sevilla, 2016. P. 310.

notificação das pessoas a quem a decisão final irá produzir efeitos diretos ou cuja decisão possa causar prejuízo (artigo 7 da Lei n.241/90). Essas pessoas atuarão diretamente no processo, como interessados, apresentando memoriais por escrito e documentos.

Porém, a doutrina e, principalmente a jurisprudência administrativa do Conselho de Estado Italiano orientaram a questão em termos bem mais democráticos.

A jurisprudência administrativa italiana é atualmente unânime em encontrar na previsão de garantias procedimentais, em matéria relativa ao direito de participação nos atos regulatórios, as condições mínimas de se garantir ao particular, que sejam observadas as regras legais por parte das Autoridade Independentes³⁰ (denominação italiana correspondente às Agências Reguladoras brasileiras).

A Argentina garantiu a participação do cidadão no procedimento administrativo com o Decreto 1.172/2003, que regulamentou a *Ley* 19.549/72³¹.

O Decreto a participação da sociedade na tomada de decisão administrativa que afetar direito simples, difuso ou coletivo e, também, na edição de atos normativos (artículo 11 e 4º, respectivamente).

Instituiu um regulamento geral para as audiências públicas a serem promovidas pelo Poder Executivo Nacional (na terminologia argentina) e estabeleceu um marco geral para o seu desenvolvimento.

O Decreto 1.172/2003 prevê como mecanismos participativos tanto a audiência (nos casos de decisão administrativa que afetar interesses simples, difusos ou coletivos) quanto a consulta pública (nos casos de elaboração de normas administrativas ou de projetos de lei a serem apresentados ao Poder Legislativo).

Na leitura das disposições normativas do referido Decreto, verifica-se não existir a facultatividade à Administração Pública abrir ou não dos mecanismos participativos. Ademais, a ênfase dada à possibilidade de o cidadão pedir a abertura do procedimento administrativo vem acompanhada do dever da autoridade em abrir os mecanismos, em prazo fixado no Decreto.

30. DEL GATTO, Sveva. *La Partecipazione ai procedimenti di regolazione delle Autorità indipendenti*. Giornale di diritto amministrativo, 9/2010. P. 949.

31. Informações sobre o Decreto 1.172/2003 foram coletadas no site do Ministério da Justiça e Direitos Humanos argentino (Sistema Argentino de Informacyón Jurídica), disponível em www.jus.gob.ar/. Acesso em 27 de janeiro de 2019.

Nesse contexto, sugere-se a leitura do extenso preâmbulo do Decreto Nacional, que além de ter sido elaborado com uma considerável participação social, incorporando propostas sugeridas por organizações da sociedade civil (através da *Mesa de Reforma Política del Diálogo Argentino* e do *Foro Social para la Transparencia*), dá ênfase na concretização dos mecanismos que aumentam a transparência da administração, acesso igualitário à informação e na participação da sociedade nos processos decisórios da Administração.

CONCLUSÃO

O Estado Democrático de Direito traz o desafio de se ir além da democracia liberal representativa, em que o exercício da cidadania se opera com a escolha de representantes através do voto. Ele traz o cidadão para compartilhar diretamente decisões importantes construídas pelo Estado em nome do interesse público.

No Brasil, empreender a democracia participativa conforme determina o pacto social previsto na Constituição de 1988, é um desafio significativo, pelos vícios históricos existentes (patrimonialismo, nepotismo, personalismo, apropriação privada do interesse público, por exemplo) na gestão dos interesses públicos.

Frente a essa realidade, um processo racional de tomada de decisões que repercutirão na esfera individual ou coletiva, tende a garantir maior transparência, controle, eficiência, segurança jurídica, consensualidade e legitimação da atividade administrativa.

Nesse contexto, a processualização das atividades administrativas foi o caminho trilhado por muitos países, incluído o Brasil com a edição da Lei 9.784/99, no âmbito da Reforma do Estado brasileiro ocorrida nos anos 90.

Contudo, a ampla e efetiva participação do cidadão no aparelho do Estado, está distante de ser efetivada. Tal fato se torna particularmente problemático, além de todas as questões históricas, políticas e sociológicas que se apresentam, porque a Lei 9.784/99 não obriga, mas apenas faculta à AP abrir ou não os mecanismos participativos. E caso o fizer, ainda terá que motivar as razões da providência.

Verifica-se que a aplicação subsidiária da LPA é significativa na grande maioria dos entes federativos e em grande parte nas legislações especiais instituidoras das agências reguladoras. A LPA, demonstrou-se aqui, foi balizadora daqueles entes federativos que editaram a sua própria

legislação, vez que todos repetiram a fórmula da facultatividade da abertura dos mecanismos participativos.

Houve tentativa legislativa de avançar nessa questão participativa, com a previsão de obrigatoriedade de abertura de consultas públicas para a edição de atos normativos pela AP. Contudo, a modificação irregular ocorrida na redação do texto aprovado no Senado, fez com que a lei aprovada, nesse aspecto, não alcançasse o seu intento.

Recentemente, países como a Espanha, Portugal, Itália e Argentina editaram normas sobre processo administrativo, aprofundando a aproximação da Administração Pública com a sociedade. Tornaram obrigatórias as audiências e consultas públicas em matérias com potencial de causar impacto nos interesses individuais, difusos ou coletivos.

Por essa realidade brasileira e acompanhando o movimento legislativo estrangeiro, verifica-se que a tendência atual e que deve constar no debate nacional, aponta para uma maior abertura dos instrumentos participativos, com a obrigatoriedade das consultas e audiências públicas, nos casos já previstos na LPA.

A viabilização desse aprofundamento na democratização da AP brasileira poderia ocorrer mediante modificação jurisprudencial, numa linha evolutiva, na edição de uma lei geral sobre a procedimentalização e conceitualização dos instrumentos participativos, ao menos das audiências e consultas públicas, vez que se trata de efetivar o princípio participativo previsto na Constituição de 1988, ou ainda, através de lei que introduzisse as alterações necessárias na Lei 9.784/99.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 23a ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DEL GATTO, Sveva. La Partecipazione ai procedimenti di regolazione delle Autorità indipendenti. *Giornale di diritto amministrativo*, 9/2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. A Lei de Processo Administrativo: sua idéia matriz e âmbito de aplicação. In NOHARA, Irene Patrícia & MORAES FILHO, Marco Antonio Paredes de. *Processo Administrativo: Temas Polêmicos da Lei no 9.784/99*. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. *Discricionariedade Administrativa*. 2ª ED. São Paulo: Atlas, 2001.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo & RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. Curso de Direito Administrativo. trad. José Alberto Froes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GORDILLO, Augustin. Tratado de Derecho administrativo y obras selectas. Tomo 2. Sección IV. Cap.XI. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2006.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo & SUNDFELD, Carlos Ary. Uma nova lei para aumentar a qualidade jurídica das decisões públicas e de seu controle. in SUNDFELD, Carlos Ary (org). Contratações Públicas e seu controle. São Paulo: Malheiros, 2013.

MARRARA, Thiago Direito Administrativo brasileiro: Transformações e Tendências. In MARRARA, Thiago (org). Direito Administrativo Transformações e Tendências. São Paulo: Almeida, 2014.

_____.; NOHARA, Irene Patrícia. Processo Administrativo: Lei 9.784/99 comentada. São Paulo: Atlas, 2009. P. 265.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis. La Elaboración de los Reglamentos. In LÓPEZ MENUDO, Francisco (Director). Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público. Colección Instituto García Oviedo Núm. 3. Sevilla: Editorial Universidad Sevilla, 2016.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MELLO, Shirlei Silmara de Freitas; MARQUES, Stanley Souza. Consulta Popular e Audiência Pública: por um processo administrativo federal dialogado. Disponível em www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b51a15f382ac9143. Acesso em 16/09/2017.

MOREIRA, Egon Bockman. Processo Administrativo: princípios constitucionais, a Lei 9.784/1999 e o Código de Processo Civil/ 2015, 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

NOHARA, Irene Patrícia. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2011. P. 240

_____. Participação Popular no Processo Administrativo: consulta, audiência pública e outros meios de interlocução comunitária na gestão democrática dos interesses públicos, in NOHARA, Irene Patrícia; MORAES

FILHO, Marco Antonio Paredes (orgs). *Processo Administrativo: Temas Polêmicos da Lei 9.784/99*. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. *Participação Popular No Processo Administrativo: consulta, audiência pública e outros meios de interlocução comunitária na gestão democrática dos interesses públicos*, in NOHARA, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de (orgs). *Processo Administrativo: Temas Polêmicos da Lei 9.784/ 99*. São Paulo: Atlas, 2011.

PAULA, Ana Paula Paes de. *Por uma nova gestão pública: limites e potencialidades da experiência contemporânea*. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

UZARTE, Pedro Salazar. *Que participação e para qual democracia*. In COELHO, Vera Schattan P.; NOBRE, Marcos (orgs). *Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Editora 34, 2004.

CAPÍTULO 11

A LINDB – ALTERAÇÕES

CLOVIS BEZNOS

Mestre e Doutor em Direito do Estado pela PUC-SP; Professor de Direito Administrativo na Graduação e Pós Graduação na PUC-SP; Procurador do Estado Aposentado.

Coube-nos o exame das alterações introduzidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, efetivada pela Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018.

A LINDB, como já é designado, com intimidade, o Decreto Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, em sua origem foi titulado como a “Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro”, veiculando, todavia, normas gerais, preordenadas à disciplina da aplicação do direito em geral.

A Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010 alterou a denominação do Diploma, supostamente ampliando sua abrangência, modificando a sua Ementa, para designá-lo como “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro”.

Todavia, foi pelo novo Diploma, a Lei nº 13.655, editada em 25 de abril de 2018, que foram introduzidos preceitos relevantes, e necessários, disciplinando a aplicação do Direito Público, sob vários e importantes aspectos.

Assim, foram introduzidos os artigos 20 a 30, ao Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, quanto aos quais, é nosso objetivo observar, numa primeira leitura, aspectos que nos parecem de suma relevância. Destarte, vejamos o artigo 20 e seu parágrafo único:

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

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

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

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

Para um aprofundamento sobre o tema, consulte-se a pesquisa, magistralmente elaborada pela Professora Doutora Dinorá Adelaide Mussetti Grotti, ao ensejo da elaboração do seu magnífico trabalho “Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa”.¹

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

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

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

Pois bem, considerando que os tais valores jurídicos podem embasar, positiva ou negativamente, decisões administrativas, submetidas à função de controle, evidencia-se que esses valores nada mais são, que o próprio

1. In Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru n° 24 págs. 61-115 dez/mar 1998/1999, localizável na internet in <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/20046>

objeto da função administrativa, ou seja: configuram o interesse público a ser concretizado, conforme a previsão normativa, determinante da atuação do agente público, o que vale dizer, que configuram a própria Ordem Jurídica, cujo cumprimento inexoravelmente cabe ao agente.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A singularidade do objeto é reflexa da necessidade e portanto, singular é a necessidade e não a priori o objeto. Este só adquire singularidade, quando a necessidade, por não poder ser satisfeita ordinariamente, pelos meios da própria entidade, confere singularidade ao objeto da contratação, que assim não é ordinário, comum, corriqueiro, mas singular².

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

2. Confira-se a lição de Marçal Justen Filho in “Cautelas e Formalidades Necessárias no Processo de Contratação por Dispensa; Inexigibilidade por Notória Especialização” (in Boletim de licitações e contratos, Editora NDJ, v. 10, n. 6, jun. 1997, p. 272-274, São Paulo): “porque o problema não é a singularidade do serviço em si mesmo, o problema é a singularidade do interesse público a ser satisfeito. Ou seja, quando se alude a singularidade do serviço, está se aludindo a uma espécie de singularidade reflexa; o que é singular, o que é especial, o que é diferente, o que é peculiar não é o serviço que vai ser ofertado propriamente dito; o que é singular, especial, diferente, peculiar é o interesse público que tem que ser satisfeito através desse serviço”. (...) “O serviço é singular na medida em que ele reflete a singularidade do interesse público. Onde está a peculiaridade do assunto? Está no interesse público que tem que ser defendido; depara-se com uma situação em que o Estado, supõe-se, não pode ser satisfatoriamente atendido; a necessidade pública não vai ser eliminada na medida em que o Estado não recorra aos préstimos de um particular, particular esse que é o único ou é o mais adequado ou é, certamente, inquestionavelmente adequado a satisfazer o interesse público”.

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

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

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

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

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

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

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

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

O artigo 21 impõe tanto ao controle interno, como ao externo, quando da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, a

indicação expressa das consequências jurídicas e administrativas, resultantes da retirada desses atos, como por exemplo a situação gerada, em caso de anulação do contrato administrativo, consistente no dever de pagamento do serviço efetivado pelo contratado, quando não se lhe possa imputar culpa pela anulação do contrato.

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

Disso decorre que as penalidades impostas, pela LIA, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, devem ser aplicadas, apenas quando inexistir a possibilidade de regularização e convalidação do ato viciado, e, nessa hipótese, tais penas devem ser aplicadas com comedimento, seguindo-se a um padrão de normalidade, com a utilização de critérios de proporcionalidade, em tal atividade punitiva.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Com tais observações, refere o autor a influência nessa formulação, da doutrina *Chevron*, do direito americano³.

Nessa trilha, o parágrafo 1º do artigo impõe, ao exame da validade e regularidade do ato do gestor, a obrigatória consideração das circunstâncias práticas, impositivas, limitativas ou condicionantes da ação do agente.

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

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

“Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever

3. “O caput do art. 22 é o fundamento explícito para adoção de uma teoria semelhante no direito brasileiro. A doutrina americana faz referência aos “dois passos” da formulação mais básica de *Chevron*: no primeiro, o controlador verifica se há indeterminação ou ambiguidade legislativa a propósito de uma questão específica; no segundo, havendo essa indeterminação, o controlador se limita a verificar a razoabilidade ou “permissibilidade” da interpretação adotada pela administração pública” (in “Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico”, edição “Revista Eletrônica Direito do Estado” ano 2018, nº 417).

ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Parágrafo único. (VETADO).”

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

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

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

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

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

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

“Art. 25. (VETADO).”

Vejamos o artigo 26:

“Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva

do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial”.

§ 1º O compromisso referido no caput deste artigo:

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

II – (VETADO);

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

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

§ 2º (VETADO).”

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

Os efeitos desse ajustamento somente produzirão efeitos, após a sua publicação.

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

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

De outra parte, refere o Professor Luciano Ferraz sua experiência pioneira à frente da Controladoria do Município de Belo Horizonte, dando conta de que os resultados apurados foram magníficos, apontados no primeiro monitoramento regular dos termos do compromisso de gestão, que revelaram uma melhoria de desempenho da administração municipal,

com percentual de resolução negociada de problemas, da ordem de 87%, bem como que a difusão dessa experiência de controle interno inúmeras Cortes de Contas no Brasil, passaram a inserir em suas leis orgânicas a previsão de termos de ajustamento de conduta⁴.

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

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

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

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

De outra parte, proibi-se a conferência de desoneração permanente, de dever ou condicionamento de direito estabelecidos por orientação geral, significando isso, que salvo hipótese em que a proporcionalidade o exija, afastando-se a desoneração permanente, é possível a transitória, a título de ajustamento de conduta, objetivando o interesse geral.

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

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

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

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

4. Revista Eletrônica Consultor Jurídico, edição de 07 de junho de 2018 – Luciano Ferraz: “A expectativa é que a previsão da LINDB incremente a utilização dos termos de compromisso ou ajustamento de gestão, reduzindo custos e diminuindo o tempo de resposta da ação

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

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

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

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

§ 1º (VETADO).

§ 2º (VETADO).

§ 3º (VETADO).”

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

Fica claro que a responsabilidade do agente público, seja quanto às suas decisões, seja quando na qualidade de emissor de opinião limita-se às hipóteses de dolo ou de **erro grosseiro**, significando isso, que o mero erro, seja ao que tange a aspectos decisórios, seja ao que respeita à manifestação de opinião, não enseja responsabilidade alguma, tratando-se de ônus dividido pela comunidade, em consequência de erro não grosseiro, de quem exerce atividade pública e social em prol dessa mesma comunidade.

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

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

O Professor Joel Menezes Niebuhr, em análise crítica do Acórdão do Tribunal de Contas da União, de nº 2.391/2018, publicada no “Blog Zenite” dá conta de que a Corte de Contas, nesse decisum resolveu “definir balizas” sobre a caracterização de erro grosseiro, criando mesmo uma tabela, com a gradação do erro, ao cotejo com a capacidade perceptiva do autor desse erro, o que foi considerado um avanço, vez que como notícia o autor do exame crítico, que vinha a Corte tratando o erro grosseiro, sem o menor balizamento⁵.

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

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

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

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

5. “O Tribunal de Contas da União passou a tecer considerações sobre erro grosseiro. Nesse particular os ministros merecem elogios, o Acórdão representa avanço importante na jurisprudência da Corte. É que até então o Tribunal de Contas da União tratava do erro grosseiro sem amparo em baliza conceitual, sem explicar minimamente o seu significado (confira-se, por exemplo, o Acórdão n. 2.504/2016, Plenário, o Acórdão n. 1.628/2018, Plenário, e o Acórdão n. 362/2018, Plenário). A grande virtude do Acórdão foi a de explicar, definir balizas conceituais sobre o erro grosseiro”.

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

“O Direito propõe-se a oferecer às pessoas uma grande segurança, assentada na previsibilidade de que certas condutas podem ou devem ser praticadas e suscitam dados efeitos, ao passo que outras não podem sê-lo, acarretando consequências diversas, gravosas para quem nelas incorrer. Donde é de meridiana evidência que descaberia qualificar alguém como incurso em infração quando inexista a possibilidade de prévia ciência e prévia eleição, in concreto, do comportamento que o livraria da incidência na infração e, pois, na sujeição às sanções para tal caso previstas. Note-se que aqui não se está a falar de culpa ou dolo, mas de coisa diversa: meramente do animus de praticar dada conduta”⁶.

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

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

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

§ 2º (VETADO).”

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

Finalmente, vejamos o artigo 30 e seu parágrafo único:

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

6. Sobre o tema arremata o autor: “É muito discutido na doutrina se basta a mera voluntariedade para configurar a existência de um ilícito administrativo sancionável, ou se haveria necessidade ao menos de culpa. Quando menos até o presente, temos entendido que basta a voluntariedade, sem prejuízo, como é claro, de a lei estabelecer exigência maior perante a figura tal ou qual (in “Curso de Direito Administrativo” 33ª edição, “Malheiros Editores”, São Paulo, 2016, páginas 884/885

a consultas.

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

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

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

CAPÍTULO 12

OS SERVIÇOS PÚBLICOS ESTATAIS PODERIAM SER EXTINTOS? CRISES E MUDANÇAS ESTRUTURAIS DO DIREITO ADMINISTRATIVO DO SÉCULO XXI

DANIEL BARILE DA SILVEIRA

Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra (IGH/CDH). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade e Brasília (FD-UnB). Professor do Programa de Doutorado e Mestrado da Universidade de Marília (UNIMAR). Professor de Direito Constitucional do Centro Universitário Toledo (UniT Toledo). Email: danielbarile@hotmail.com.

O pesquisador, talvez, perplexo, irá defrontar-se, na bibliografia atual, com inúmeras expressões envolvendo o tema; por exemplo: serviços de interesse econômico geral, serviços de interesse geral, *public utilities*, serviços universais. E ficará com muitas dúvidas ante afirmações aqui e acolá de que o serviço público não mais existe, havendo somente atividades econômicas, não prevalecendo a titularidade estatal das atividades antes consideradas serviços públicos.¹

1. MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 5. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 316.

INTRODUÇÃO

A noção de serviço público encontra-se inserida no mesmo contexto de complexidade pela qual passa o fenômeno jurídico na contemporaneidade, cuja definição revela-se passível de uma plêiade de inflexões históricas, econômicas, teórico-dogmáticas e ideológicas. A partir desse pressuposto, o estudo de tal temática revela-se extremamente fecundo para a compreensão dos desdobramentos delineados pelo direito administrativo em nossa sociedade hodierna, fornecendo-se um panorama de suas matizes mais influentes no debate jurídico atual. Neste sentido, em que pese suas assertivas teóricas sejam valiosas ao tirocínio do pesquisador, vislumbra-se o estigma de uma sempre árdua conciliação conceitual, mormente por se constatar a presença de inúmeros autores e posicionamentos a despeito do tema, o que torna a questão de *per si* complexa por princípio.

Entretanto, no pano de conceitos engendrados pelos doutrinadores, sempre é possível encontrar uma miríade de pensamentos profícuos, conferindo uma ordem a essa aparente expressão desordenada de reflexões. Pensando por esta via, uma classificação inicial entre os múltiplos segmentos conceituais da noção teórica de serviço público evidencia-se de uma imprescindibilidade tamanha que é possível reconstruir um núcleo de conceitos a partir de cada uma dessas correntes ligadas ao esclarecimento desse fenômeno.

Neste sentido, é com recorrência na doutrina o surgimento de uma concepção de *crise* na definição de serviço público, vez que sua complexidade temática e a vasta gama de posicionamentos teóricos faz com que, no desenrolar histórico, clássicas definições sejam obliteradas em face de uma sempiterna reconstrução de seus pressupostos, por muitos considerada como um prenúncio de sua decadência². Essa diluição conceitual, como se verá, é fruto dos agitos teóricos que influenciaram movimentos históricos importantes, especialmente refletidos nos campos do direito, da política e da economia. Como os conceitos não fogem ao seu tempo, ver-se-á que os processos de *crise* comentados nada mais revelam do que mudanças paradigmáticas naqueles setores, reconfigurando noções clássicas sobre serviço público e introduzindo elementos conceituais novos, que para muitos são determinantes para sua incerteza enquanto objeto de definição.

Assim, o presente trabalho terá por objetivo promover um debate mais aberto acerca da noção de crise no conceito de serviço público, retomando a discussão sobre a natureza jurídica deste elemento no plano doutrinário. Para

2. MARTIN, Eduardo Ortega. *Derecho administrativo-económico*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000.

tanto, far-se-á inicialmente incursões no debate contemporâneo na tentativa de se desvendar qual o nível de reflexões expressa pelos administrativistas, especialmente de matiz europeia, local onde tal produção intelectual se deu de forma mais intensa.

Por fim, verificar-se-á a consistência dessa noção de crise esposada, na medida a identificar seu real significado e função nos tempos atuais. O que se buscará demonstrar é que a noção de crise no conceito de serviço público se deve mais às constantes transformações histórico-políticas vivenciadas, de cujos reflexos o direito administrativo incorporou diretamente por estar no centro dessas mudanças tão significativas. Por um outro lado, com se verá, o recurso à noção de crise sempre é retomado quando da alteração do paradigma jurídico vigente, consistindo em um momento de *descontinuidade* com o passado e na remodelação das atividades estatais frente às exigências políticas e econômicas que caracterizam cada momento histórico.

1 SOBRE A NOÇÃO DE *CRISE* NO DISCURSO JURÍDICO

Não é dos tempos atuais que a noção de *crise* na definição de serviço público se revela uma tônica entre um extenso leque de administrativistas voltados a tal problemática. Historicamente a remodelagem no conceito clássico de serviço público teve por início os movimentos políticos de transformação do Estado de Bem-Estar Social, no sentido se superar suas vicissitudes em um contexto novo de elevada complexidade social e de crescente atribuição de atividades tipicamente públicas a entes privados. Neste cenário de arrefecimento dos ideais do *Welfare State* seguiu-se o marco político de elevadas modificações no campo jurídico, cujos arcabouços legal e doutrinário precisaram remodelar-se à luz desses eventos fáticos que permearam a Europa Continental e, posteriormente, todo o Novo Mundo.

O rompimento com a clássica noção de serviço público pressupõe sua superação. Assim, classicamente trabalhado pela doutrina francesa, em especial pela *École du Service Publique*, incumbiu-se a Léon Duguit a reflexão mais discutida nesta seara, de modo a conceber o serviço público como “pedra angular” de todo direito administrativo³. Para o autor, a ideia de serviço público era tão central no Direito que implicava inclusive na própria justificação do Estado, muitas das vezes com ele se confundindo quando de uma análise mais apurada. Assim, pensava Duguit serviço público como “toda atividade cuja realização deve ser assegurada, regulada e controlada pelos governantes, porque a consecução dessa atividade é

3. DUGUIT, Leon. *Les transformations du droit public*. Paris: Éditions da Mémoire du Droit, 1999.

indispensável à concretização e ao desenvolvimento da interdependência social”. E mais a frente completava: “[...] e é de tal natureza que só pode ser realizada completamente pela intervenção da força governante”⁴.

Nesta visão, o Estado só poderia ser entendido, pelo autor francês, como “uma cooperação de serviços públicos organizados e controlados pelos governantes”, característica de seu pensamento fundado na primazia do direito administrativo e que relega a *raison d'être* da administração pública à própria gestão dos serviços públicos⁵. Para muitos autores nacionais, inclusive, como a administrativista Maria Sylvia Zanella di Pietro, o pensamento de Duguit foi tão marcante no cenário jurídico do direito público que pôs em questionamento inclusive a noção de soberania como elemento fundante do Estado, substituindo-o pelo conceito de serviço público⁶. Assim, serviço público, nesta visão, engloba uma noção extremamente ampla na medida em que qualquer serviço prestado pelo Estado estaria envolto nesta concepção, podendo-se apenas reclassificá-lo a partir de sua natureza, ou seja, como sendo uma atividade de cariz legislativo, executivo ou judicial.

Por esta via de entendimento, Duguit permite uma transformação na doutrina publicística francesa (e contemporânea como um todo), na medida em que substitui a noção de serviço público como *poder* do Estado sobre o indivíduo pela ideia de *serviços* prestados aos administrados, remodelando o enfoque e inclusive as funções desse Estado. Assim, o serviço público, nesta visão, é o próprio elemento delimitador do poder de Estado.

Paralelamente aos trabalhos desenvolvidos por Duguit, emerge a figura de Gaston Jèze, famoso publicista francês da École du Bordeaux, o qual recende a polêmica doutrinária ao encerrar que a noção de serviço público implica a admissão de um *regime jurídico especial*, próprio de direito administrativo, baseado na supremacia do interesse público sobre o particular⁷. Seu fundamento remonta o problema da superioridade garantida ao Estado em relação ao particular, baseada em uma relação vertical explícita. Assim, essencialmente, é o direito administrativo que instaura o reinado do direito público, sendo uma sofisticação, sob o comando do

4. PEREIRA, Marcelo. *A escola do serviço público*. In: Revista Diálogo Jurídico. n. 11, fev. Salvador, 2002, p. 2.

5. MARTIN, Eduardo Ortega. *Derecho administrativo-económico*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000, p. 21.

6. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 110.

7. JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. vol.1 e 2. Buenos Aires: Depalma, 1948.

Estado, das regras de direito privado, mas que com estas jamais poderia ser confundido. Dizia o autor:

Todo país civilizado tem serviços públicos, e para o regular funcionamento destes serviços existem necessariamente regras jurídicas especiais. Pode-se, pois, afirmar que em todo país onde se tenha alcançado a noção de serviço público...quer dizer, em todo país civilizado, existe direito administrativo.⁸

Por esta concepção, serviço público estaria enquadrado na atividade típica do Estado, baseado em um sistema de *regras jurídicas próprias* que se estendiam por todo campo do direito público onde o Estado prestasse serviços, moldando um signo de primazia sobre quaisquer outras relações privadas – marca de um regime jurídico de direito administrativo. Em sua teoria, sempre que se estivesse sob a égide de um serviço público, “estar-se-á diante de um conjunto de regras especiais, de teorias jurídicas especiais, fundamentalmente caracterizadas por uma constante: facilitar o desenvolvimento e execução de atividades de interesse geral através de uma situação de superioridade conferida em favor do interesse geral sobre o interesse particular”⁹.

2 CRÍTICAS À CONCEPÇÃO CLÁSSICA DE SERVIÇO PÚBLICO

A partir destes conceitos mais amplos e totalizantes de serviço público, certamente surgiram críticos, prenunciando o primeiro rompimento com tal noção e com a própria visão clássica do serviço público como o amplo leque de ações praticadas pelo Estado na vida cotidiana. Com as transformações trazidas pela mudança de paradigma na crise do Estado de Bem-Estar, percebeu-se que a noção de serviço público era demasiado extensa às ações do Estado, necessitando ser remodelada. Por este senso, percebeu-se que nem todas as atividades prestadas pelo Estado poderiam ser denominadas de serviço público, especialmente aquelas que surgiam neste movimento de vanguarda, quais sejam, as tarefas de cunho econômico reservadas anteriormente ao privado, notadamente as atividades comerciais e industriais, doravante prestadas pelo Estado. O “inchaço” do Estado-providência, cumulativamente à necessidade insurgente de delegação de tarefas aos particulares, dá o tom das transformações no próprio conceito de serviço público. Assim, notabilizou-se a afetação da titularidade na

8. PEREIRA, Marcelo. *A escola do serviço público*. In: Revista Diálogo Jurídico. n. 11, fev. Salvador, 2002.

9. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 634.

prestação desses serviços, outrora tipicamente estatais, os quais a partir de então começariam a ser relegados ao âmbito privado, através de estipulação contratual (concessão, em especial) ou pelos novos agentes do direito administrativo nesta época emergentes, como as empresas públicas e as sociedades de economia mista, predominantemente regidas pelo direito privado.

Na mesma medida, o entendimento tradicional da da Escola de Serviço Público sofria afetação no cenário esposado. Conforme apresentava Jean Rivero:

A escola do serviço público acreditou poder explicar todas as particularidades do direito administrativo pelas necessidades do serviço público; no entanto cometeu o erro de não prestar suficiente atenção à exceção que acompanhava o princípio, quer dizer, a gestão privada dos serviços públicos¹⁰.

Assim, as alterações históricas, acompanhadas das mudanças jurídico-políticas, registraram um abalo na noção clássica de serviço público, notadamente vislumbrado quando do surgimento da execução de serviços público por particulares. A rigidez conceitual da Escola de Serviço Público revelava-se imprópria aos tempos que se impunham, necessitando ser revisitada para uma remodelação.

Foi neste conjunto circunstancial que Tricot asseverava ser a noção de serviço público excessivamente ampla e inútil ao período histórico vivenciado. Naquela oportunidade, dizia que “a expressão de serviço público, sob a aparência de uma terminologia rigorosa, mas tornada tão compreensiva, quase não mais possui interesse jurídico”¹¹. No mesmo sentido predizia Waline, quando afirmava ser a noção de serviço público como uma “sobrevivência inútil nos acórdãos”¹². Prenunciava-se, deste modo, o primeiro pensamento escatológico de crise na definição de serviço público.

A partir de tais questionamentos, Maurice Hauriou¹³ lançou uma definição mais reduzida de serviço público, na tentativa de limitar as imperfeições universalizantes do conceito por parte da Escola de Serviço Público. Por tal entendia ser “um serviço técnico prestado ao público de uma maneira regular e contínua para satisfazer a ordem pública e por uma

10. PEREIRA, Marcelo. *A escola do serviço público*. In: Revista Diálogo Jurídico. n. 11, fev. Salvador, 2002, p. 4.

11. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 635.

12. CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo. vol. II*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1068.

13. HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*. Paris: Dalloz, 2002.

organização pública” (tradução nossa)¹⁴. Destarte, Hauriou desloca a noção de serviço público como pedra de toque de todo direito administrativo, substituindo-a pela noção de “*potestade pública*”. É a potestade que garante ao Estado atribuir regime jurídico diferenciado ao serviço público, podendo reconfigurá-lo. Não se trata de toda atividade do Estado ser serviço público. Mais ainda, não se trata o serviço público de algo *essencial*, intrínseco à atividade estatal prestar, pensava o publicista, mas que pode sofrer alterações de acordo com a potestade administrativa. Assim, justificava-se a quebra de nexos entre o serviço público e o regime público, posto que a execução de serviços públicos anteriormente tidos como essenciais por particulares reconstruiria a noção de serviço público, afastando o classicismo de tal concepção até então reinante no discurso jurídico.

Por este enfoque, vislumbra-se que as mudanças históricas existentes pelo enfraquecimento do paradigma do Estado de Bem-Estar, somado às transformações doutrinárias enfrentadas no debate jurídico, remoldaram a noção tradicional de serviço público, contextualizando-o aos enfrentamentos vivenciados na época. Assim, é possível ver surgir a primeira denominada *crise* do serviço público, marcada primordialmente pela derrocada de sua noção universalizante, especialmente caracterizada pela incorporação das atividades de natureza privada ou de regime jurídico privado praticados pelo Estado. O *essencialismo* que estigmatizava a noção tradicional de serviço público, garantido por uma titularidade total de prestação de serviços, foi sendo mitigada, a substituir-se por entes privados que realizam tais tarefas em sede de regime jurídico essencialmente privado.

Desta forma, diversamente do qual tratado pela doutrina francesa, percebeu-se que o serviço público nem sempre é prestado exclusivamente pelo Estado, podendo ser executado pelos entes privados, bem como nem sempre é prestado inteiramente sob o signo do direito administrativo, em um regime de direito inteiramente público. Começava-se a prenunciar uma noção mais cambiante de serviço público, mais compatível às exigências circunstanciais que doravante se impunham.

3 O “NOVO” SERVIÇO PÚBLICO NO CONTEXTO LIBERAL

Essa reviravolta na noção tradicional de serviço público na Europa propiciou um giro no tratamento jurídico dado à temática. Segundo Ariño Ortiz,

[...] a mudança essencialmente consiste em um passo

14. MARTÍN, Eduardo Ortega. *Derecho administrativo-económico*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000, p. 21.

de um sistema de titularidade pública sobre a atividade, concessões cerradas, direitos de exclusividade, preços administrativamente fixados, caráter temporal e regulação total da atividade, até os mais mínimos detalhes, a um sistema aberto, presidido pela liberdade de empresa, isto é, liberdade de entrada (prévia autorização regrada), com determinadas obrigações ou cargas de “serviço universal”, mas com liberdade de preços e modalidades de prestação, com liberdade de inversão e amortização e, em definitivo, em regime de competição aberto, como em qualquer outra atividade comercial ou industrial, em que há que lutar pelo cliente (já não há mercados reservados nem cidadãos cativos). Por óbvio, neste segundo modelo não há reserva de titularidade em favor do Estado sobre a atividade que se trate (tradução nossa)¹⁵.

Assim, ante a derrocada do Estado de *Welfare State* novas propostas de remodelação das funções estatais surgem como elemento de reestruturação dos próprios limites de atuação dessa entidade. As correntes liberais, entronizadas pelas doutrinas das Escolas de Chicago, de Viena, Teoria da *Public Choice*, dentre várias outras, defendiam a participação cada vez menor do Estado na vida cotidiana. No que se refere aos serviços públicos, tais teorias demandavam a responsabilidade por prestação dessas atividades pelos particulares, relegando ao Estado atividades mais básicas e que, pela sua natureza calcada no elevado grau de sofisticação e de custos, tornava-se inexecutável pelo ente privado. Nasce, portanto, a ideia de *desregulação*, propiciada pelo surgimento do neoliberalismo em um contexto de elevada complexidade social e de reclamos sociais por um “Estado mínimo” e menos intervencionista na ordem jurídica, econômica e mesmo social¹⁶.

Destarte, a modificação do paradigma teórico, fruto das vicissitudes históricas enfrentadas, faz atrelar ideia de serviço público a uma esfera muito restrita de participação do Estado. No dizer de Pierre Devolve, inclusive, “o serviço público constitui uma *ameaça* para as liberdades públicas” (grifo e tradução nossos)¹⁷. Isto porque a exclusividade de serviços prestados pelo Estado impede o controle e mesmo a mais bem orquestrada execução por parte dos privados, impedindo que a “mão invisível” do mercado se desenvolvesse proficuamente nesta seara.

15. ARIÑO ORTIZ, Gaspar; CASSAGNE, Juan Carlos. *Servicios públicos, regulación y renegociación*. Buenos Aires: Lexis-Perrot, 2005, p. 15.

16. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 29.

17. MARTIN, Eduardo Ortega. *Derecho administrativo-económico*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000, p. 26.

E as razões dessa nova orientação parecem ser claras. Com o progresso científico e tecnológico, as necessidades básicas das pessoas aumentam a carga de serviços aos quais os indivíduos se vinculam. Desta forma, as atividades prestadas anteriormente pelo Estado em regime de exclusividade (água, energia elétrica, saúde, educação, transporte, correios, telecomunicações, saneamento, segurança social etc.) começam a ser alvo de apropriação de consumo capitalista, como sendo objeto de exploração econômica em potencial. Desta forma, os reclames pela mitigação da influência do Estado nessa esfera de serviços é notória, posto que surge a probabilidade rentável de tais bens serem apropriados pelos entes privados como forma de extratividade lucrativa. O que era dantes tratado como um serviço essencial, exclusivo do Estado, fonte de sua autodeterminação (Duguit), transforma-se em um objeto de lucro certo, disponibilizado à exploração pelas empresas.

Com tal pano de fundo vivido, o paradigma neoliberal ressurgiu com força tal que as concepções exclusivistas de serviço público, fruto de uma doutrina clássica francesa, fossem reduzidas a “notas de rodapé” naquele contexto doutrinário. Surgem ideias de privatização, competição, desregulação, livre mercado, liberalização, despublicização. Conforme nos ensina Avelãs Nunes,

Entre outros aspectos desta nova “contra-reforma”, ganhou força a rejeição da presença do estado como operador da vida econômica e anulou-se a capacidade de direção e planificação da economia do estado-empresário e do estado-prestador-de-serviços. Assistiu-se a uma onda de privatizações de empresas públicas, mesmo na área dos serviços públicos, na qual o estado detinha, em toda Europa, há mais de dois séculos, um papel decisivo.¹⁸

Assim, com o reaparecimento das ideias liberais reacende-se o debate acerca de uma nova crise no serviço público, por muitos considerada como mais grave que a anterior. Assim, tradicionalmente entendido como uma atividade prestada pelo Estado, ou mesmo por ele controlada em regime de concessão, o conceito de serviço público agora é substituído pela ideia de ampla *delegação* ao ente privado como prestador. O controle dessas atividades sai, portanto, das mãos estatais e é relegada à “mão invisível” do mercado, da qual o Estado apenas participa como espectador ou igual competidor. Como atividades primárias sob o paradigma do Estado liberal que surge, cabe-lhe proteger a propriedade e controlar a esfera monetária, permitindo

18. AVELÃS NUNES, António José. *Breve reflexão sobre o chamado estado regulador*. In: Revista Seqüência. Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC. Ano XXVII, n. 54, jul. Florianópolis, 2007, p. 10.

que os demais espaços de serviços possam ser ocupados pela iniciativa privada. Começa-se a remodelar as funções estatais, inclusive sob o forte prisma de questionamento da supremacia do interesse público diante do privado, colocando-os em pé de igualdade: uma mudança que afeta a noção não só de serviço público, mas todo direito administrativo. Segundo a leitura do sociólogo Boaventura de Sousa Santos, “o princípio do mercado adquiriu pujança sem precedentes, e tanto que extravasou do econômico e procurou colonizar tanto o princípio do Estado, como o princípio da comunidade – um processo levado ao extremo pelo credo neoliberal”¹⁹.

Portanto, a corrente essencialista dos serviços públicos entra em declínio para o surgimento de uma nova corrente definidora dessas atividades. Serviço público é, portanto, aquela atividade que a *lei* define como tal, reservada a um pequeno núcleo de atividades que o Estado deve prestar, especialmente como garante da liberdade e autonomia dos entes privados. Emerge, então, uma concepção *legalista* de serviço público (Di Pietro), ou por muitos denominada de *convencionalista* (Bandeira de Mello), a qual define essas atividades às flutuações do mercado, que determina circunstancialmente quais as atividades incumbidas ao Estado prestar e aquelas compartilhadas ou atribuídas ao particular.

Essa “nova crise” do conceito de serviço público acompanha uma série de contradições estabelecidas no plano das relações harmônicas entre as funções do Estado e as demandas sociais. Desemprego, elevadas taxas de inflação, formação de monopólios privados, concorrência desleal, capitalismo predatório, enfraquecimento de políticas públicas e, conseqüentemente, um elevado índice de insatisfação com os serviços prestados caracterizam a desestruturação do neoliberalismo frente aos contornos da sociedade complexa que se forma no início do novo século. Pobreza e marginalização sociais caracterizam os problemas que o capitalismo tardio cria, propiciando a rediscussão dos limites e do próprio resgate do Estado como veículo solucionador dessas ambivalências, criadas pelo sistema capitalista neoliberal.

É o momento em que as contradições econômicas recorrem ao direito como pressuposto solucionador dos “desvios do mercado”. Assim, busca-se reformular a ideia de serviço público sob pena de desagregação social e da própria sobrevivência dos mercados e do sistema capitalista de produção. É nesta nova era que se retoma a ideia de que os serviços públicos constituem o “cimento da sociedade”, sendo a sua atribuição

19. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 2000, p. 87.

total e irrestrita ao ente particular um prenúncio da perda de estabilidade da própria organização social. Isto porque na ação racional do homem econômico o lucro substitui a satisfação de necessidades essenciais, as quais o Estado deve servir, ainda que de maneira gratuita ou com preço inferior ao de mercado – algo inimaginável para o ente privado.

Neste sentido, como nos diz Avelãs Nunes, o Estado retoma o papel de cerne das relações sociais, como ente promotor de igualdade e motor da sociedade, tendo o serviço público como “um fator decisivo do desenvolvimento econômico e social, da melhoria das condições de vida das populações, da coesão social e do desenvolvimento regional equilibrado²⁰”. Busca-se garantir, assim, a respeitabilidade das leis do mercado com a primazia dos direitos fundamentais, literalmente obliterados quando da vigência do regime jurídico liberal anterior, corolário do Estado não intervencionista.

Entretanto, os riscos de retrocesso a um Estado-providência, “inchado”, consecutor de todos os serviços públicos “essenciais”, como se viu outrora, é evitado nesse processo. Para tanto, nasce a ideia de *Estado-regulador*, como sendo um misto de executor de serviços públicos mais básicos e controlador de outros, de execução destinada aos agentes privados. Assim, funda-se um regime de “economia de mercado regulada” ou, no dizer de Boaventura de Sousa Santos, um “capitalismo organizado”, que atrela preceitos ideológicos de justiça social a uma demanda privada de participação nas esferas do mercado e da economia.

Neste giro conceitual, busca-se afirmar o denominado “primado da concorrência”, como preceitua Eros Grau, na medida em que se destacam as virtudes oriundas de um mecanismo de disputa regulada, próprio a estimular a melhor prestação de serviços ante uma posição estagnária de supremacia do público sobre o particular. Esta primazia incondicional faz com que os serviços públicos se tornem ineficientes ante a disparidade existente entre esses agentes, posto que não há controle direto pelo mercado das atividades prestadas em regime de titularidade exclusiva. Por um outro lado, faz-se a regulação dos mercados para não gerar a concorrência desleal, ou mesmo o abuso de poder econômico, como nos casos de monopólio natural, ou seja, naquelas atividades em que não exista mais do que uma operadora que preste o serviço, seja por qual motivo for (capacidade econômica, técnica, logística etc.). Sob um outra ótica, incumbe ao Estado controlar os resultados da atividade econômica, tais como os impactos ambientais e

20. AVELÃS NUNES, António José. *Breve reflexão sobre o chamado estado regulador*. In: Revista Seqüência. *Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC*. Ano XXVII, n. 54, jul. Florianópolis, 2007, p. 10.

sociais que a obstinação pelo lucro produz no contexto da mercantilização dos serviços.

É o momento também em que a defesa da concorrência é atribuída a órgãos específicos, tais como as agências reguladoras, que promovem a regulação setorial de serviços públicos, fixando seus limites e seus objetivos. Nesse panorama, o Estado cria uma feição *intervencionista*, baseado no propósito de proteger o interesse público, mediando a prestação de serviços em co-participação com os entes privados, preservando-se intuítos lucrativos com o espírito social.

Nesta conformidade de fatos históricos é que uma nova modelagem do conceito de serviço público ganha espaço, movimentado pela incursão do processo de regulação. Há, neste contexto, mais uma crise anunciada do conceito de serviço público. Neste pensamento, o “Glossário de Economia Industrial e de Direito da Concorrência” define a regulação econômica nos seguintes termos:

Em sentido lato a regulação econômica consiste na imposição de regras emitidas pelos poderes públicos, incluindo sanções, com a finalidade específica de modificar o comportamento dos agentes econômicos no setor privado. A regulação é utilizada em domínios muito diversos e recorre a numerosos instrumentos, entre os quais o controle dos preços, da produção ou da taxa de rentabilidade (lucros, margens ou comissões), a publicação de informações, as normas, os limiares de tomada de participação. Diferentes razões têm sido avançadas a favor da regulação econômica. Uma delas é limitar o poder de mercado e aumentar a eficiência ou evitar a duplicação de infra-estruturas de produção em caso de monopólio natural. Outra razão é proteger os consumidores e assegurar um certo nível de qualidade assim como respeito de certas normas de comportamento [...]. A regulação pode também ser adotada para impedir a concorrência excessiva e proteger os fornecedores de bens e serviços.²¹

Nesta concepção, é de mencionar que uma ampla gama de autores remodelam a noção de serviço público enquanto classicamente definido pela escola francesa às novas exigências regulatórias do Estado do século XX. Assim posto, afirma o jurista Eduardo Ortega Martín vivenciarmos uma situação nova no panorama do serviço público, de forma ao Estado prestar hodiernamente verdadeiros “serviços de interesse econômico geral”²². Por esta via de entendimento, concebe-se uma renovação do

21. VASCONCELOS, Jorge. *O estado regulador*. In: PEREIRA, José Nunes et alli. *A regulação em Portugal*. Lisboa : Edição da entidade reguladora do Setor Eléctrico, 2000, p. 357,

22. MARTÍN, Eduardo Ortega. *Derecho administrativo-económico*. Madrid: Consejo General del Poder

conceito tradicional de serviço público, sendo atestado por diversos autores, por vezes até de maneira radical, uma legítima “morte” da noção de serviço público. Gaspar Ariño Ortiz, por exemplo, afirma que “o serviço público foi um instrumento de progresso e também de socialização, especialmente nos Estados pobres, o que permitiu melhorar a situação de todos”. Mais a frente arremata: “Porém, seu ciclo já está finalizado. Cumpriu sua missão e hoje – como disse José Luis Villar - há de se lhe fazer um digno enterro” (tradução nossa)²³.

Por este pensamento, consolidou-se na doutrina a noção de crise no elemento conceitual do serviço público, como sendo uma referência perdida da antiga doutrina francesa que atrelava tal concepção ao próprio existir da esfera estatal. Os elementos de crise se consolidam, neste entender, ao atribuir um caráter obsoleto ao conceito de serviço público, cuja remodelação foi tamanha que pendeu por deixar de existir. O primado da crise fez surgir, em uma corrente mais heteróclita, a negação do conceito de serviço público, substituindo-se por novas acepções, adaptáveis às exigências da sociedade complexa contemporânea.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em nossa visão, o conceito de serviço público é tão elástico e mutável quanto às exigências de seu próprio tempo. Assim é que se vislumbra ser tal elemento teórico um verdadeiro reflexo das contradições e vicissitudes enfrentadas pelos fatores históricos, econômicos e políticos que permearam o Estado em pouco mais de dois séculos.

Por tal compreensão, o que se vê é que as exigências temporais propiciadas pelas mudanças enfrentadas pela sociedade e pelo Estado contemporâneo requereram também a transformação no plano dos conceitos, cuja remodelação da noção de serviço público é a expressão mais exata dessa assertiva. Assim, boa parte dos debates doutrinários acerca do conceito de serviço público encontra-se no limiar da reflexão entre as características do Estado, em constante transformação. Por esse plano de ideias, é possível reconstruir a noção de serviço público pela história do Estado, em um nítido esforço de verificar como o conjunto dos fatos é propício às transformações teóricas.

Certamente, com a máxima vênua aos autores citados anteriormente, não existe uma *crise* no conceito de serviço público, tal qual entendemos. O

Judicial, 2000, p. 51.

23. ARIÑO ORTIZ, Gaspar; CASSAGNE, Juan Carlos. *Servicios públicos, regulación y renegociación*. Buenos Aires: Lexis-Perrot, 2005, p. 25.

que se vislumbra é ser o conceito de serviço público impregnado por um discurso ideológico, o qual se pauta na negação do passado para a afirmação do presente. Assim, o recurso à ideia de crise nada mais significa que a rejeição ao paradigma teórico anterior, em uma clara noção de *descontinuidade* no plano da história dos conceitos. Assim, fala-se em descontinuidade porque não há nenhum rompimento drástico com a prestação de serviços públicos, sendo que suas alterações dão-se mais no que toca à sua titularidade de prestação do que a outro elemento mais essencial. No concerto da ideia de descontinuidade vê-se que o passado está no novo, e o novo se cria e recria a partir do passado, que ele próprio contém. Jamais há de se pensar em ruptura, que de *per si* pressupõe a negação de todo passado com o intuito de instaurar um presente absolutamente novo, diverso do dantes visto.

O que se vê atualmente, ao revés, é que o serviço público ganhou roupagem diversa da preconizada pelos clássicos franceses, ou mesmo pelos liberais do século passado, ganhando contornos próprios que só a sociedade contemporânea consegue explicar. Trata-se mais de uma transformação existente das exigências factuais do que o rompimento propriamente dito com tudo o que já se foi visto e debatido a respeito.

Atualmente, sabe-se que a presença demasiada do Estado na prestação de serviços traz malefícios, especialmente no que toca ao controle democrático dessas atividades por parte da população, que demanda a prestação de serviços básicos, mas com qualidade e a baixos custos sociais. De um outro lado, é factível que a total ausência do Estado na prestação de serviços mais elementares serve somente à reprodução de mais desigualdades em um ambiente de pós-modernidade, reclamante por um Estado mínimo e não intervencionista.

Deste modo, não há que se falar em desaparecimento do serviço público, posto que sua presença é mais do que evidente, sendo um pilar inclusive de todo direito público e de sustentação de toda engenharia social moderna. Pensa-se que toda declaração de “crise” e de desaparecimento do serviço público serve como elemento ideológico de afirmação das novas correntes que tratam do tema, as quais, para sobreviver e consolidar-se, precisam pronunciar uma suposta superação de conceitos, uma “quase-revolução”. Por esta visão, tornar-se-ia preciso negar e aprisionar o passado em uma atmosfera de crise para fazer nascer o novo conceito, pronto para desatar-se nas veias abertas da intelectualidade. Portanto, vislumbra-se o uso de um recurso mais retórico e simbólico do que propriamente autêntico, provável a partir dos elementos empíricos.

Neste ponto, a criação de novos conceitos de serviço público serviu doutrinariamente como um veloz expediente ideológico engendrado, que de tamanha importância atribuída, aniquilou sua origem supostamente indelével e instaurou um novo horizonte, aparentemente isento de influências pretéritas. É o seu recurso de sobrevivência teórica e de superação em um terreno de predominância conceitual do convencionalismo dogmático.

Neste pano de fundo, há de se referendar que o transcurso na história dos conceitos envolve essa atmosfera de transposição como forma de reafirmação teórica. Ao pesquisador, trata-se apenas de conceber e conformar-se ao fato de que a História é tão aberta em seu futuro que quaisquer prenúncios de rupturas são mais próximos de um determinismo que beira a futurologia do que qualquer concepção mais séria acerca dos conceitos e do próprio Direito. Neste pensar, os conceitos só têm validade caso possam esclarecer a realidade social à qual são empregados, acompanhando suas transformações. Isto porque os conceitos são históricos, enquanto as categorias de análise são a-históricas.

Não há revoluções conceituais, tampouco crises a se poder vangloriar. Todo produto teórico nada mais é do que fruto de sua constante transformação ante as exigências temporais, uma acomodação necessária, antes de tudo. Assim, é característico de nosso direito buscar transformações, na mesma esteira em que a sociedade cria espaços e saltos rumo ao desconhecido. Um desconhecido que é cambiante, mas que não faz perder de seus elementos aquilo que lhe caracteriza por essência. Porque, embora livremente mutantes, os conceitos não deixam de ser escravos de seu próprio tempo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVELÃS NUNES, António José. Breve reflexão sobre o chamado estado regulador. In: Revista Sequência. Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC. Ano XXVII, n. 54, jul. Florianópolis, 2007.

AGUILLAR, Fernando Herren. Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional. São Paulo: Atlas, 2006.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar; CASSAGNE, Juan Carlos. Servicios públicos, regulación y renegociación. Buenos Aires: Lexis-Perrot, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CAETANO, Marcello. Manual de direito administrativo. vol. II. Coimbra: Almedina, 1999.

CEZNE, Andrea Nárriman. O conceito de serviço público e as transformações do estado contemporâneo. In: Revista de Informação Legislativa. a. 62. n. 167, jul-set. Brasília, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DUGUIT, Leon. Les transformations du droit public. Paris: Éditions da Mémoire du Droit, 1999.

GONÇALVES, Pedro. Concessão de serviços públicos: uma aplicação da técnica concessória. Coimbra: Almedina, 1999.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

HAURIUO, Maurice. Précis de droit administratif et de droit public. Paris: Dalloz, 2002.

JÈZE, Gaston. Principios generales del derecho administrativo. vol.1 e 2. Buenos Aires: Depalma, 1948.

MARTIN, Eduardo Ortega. Derecho administrativo-económico. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000.

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 5. ed. São Paulo: RT, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MILLARD, Eric. Os discípulos administrativistas de Maurice Hauriou. In: Revista Opinião Jurídica. Ano III, n. 6, 2005.

PEREIRA, Marcelo. A escola do serviço público. In: Revista Diálogo Jurídico. n. 11, fev. Salvador, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 2000.

VASCONCELOS, Jorge. O estado regulador. In: PEREIRA, José Nunes et ali. A regulação em Portugal. Lisboa : Edição da entidade reguladora do Setor Eléctrico, 2000, p. 353-372.

CAPÍTULO 13

O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO APLICADO NAS CONTRATAÇÕES ADMINISTRATIVAS

DARLENE SANTIAGO POLETTO

Pós Graduada em Direito Administrativo pela PUC-SP. Diretora de Contratações da Unidade de Gestão de Administração e de Gestão de Pessoas da Prefeitura de Jundiáí- SP.

INTRODUÇÃO

Os Princípios da Administração Pública são um conjunto de proposições que alicerçam e embasam o sistema jurídico de direito público norteando e garantindo a sua validade e eficácia, proferindo atribuições constitucionais a serem seguidas por seus operadores.

O artigo 37, caput, da Constituição Federal de 1988, reportou de modo expressivo à Administração Pública (direta e indireta) cinco desses princípios: da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência (sendo este último acrescentado pela EC 19/98).

Os demais princípios aplicados ao Direito Administrativo, como razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, motivação e supremacia do interesse público, tema desse artigo, embora não expressamente contidos no artigo 37, decorrem do nosso regime jurídico, e textualmente enumerados pelo artigo 2º da Lei 9.784/1999, de Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

O Contrato Administrativo é um ajuste estabelecido entre a Administração Pública, e terceiros, ou ainda entre outras entidades

administrativas, submetido ao regime jurídico de direito administrativo para obtenção de objetivos de interesse público.

Compete privativamente a União legislar sobre as normas gerais de contratação em todas as esferas da administração pública direta, autárquica, e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido ao disposto no artigo 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista (artigo 22, XXVII, CF/88).

Os contratos administrativos são regidos pelos princípios norteadores do Nosso Ordenamento Jurídico, e regulamentados por legislação Federal que dispõem sobre suas normas gerais, sendo, elas a Lei 8.666/93 (Lei de Licitação) e a Lei 13.303/2016, aplicável às empresas públicas e sociedades de economia mista.

Os “contratos da Administração” são todos aqueles firmados pela Administração Pública, incluindo os regidos pelo direito privado, ao passo que os “contratos administrativos” são somente aqueles submetidos ao Direito Administrativo.

São muitos os Princípios aplicados ao Contrato Administrativo, estando os principais elencados no caput do artigo 37 da Constituição Federal e no artigo 3º da Lei de Licitações, como: Princípio da Legalidade, Princípio da Impessoalidade, Princípio da Moralidade, Princípio da Publicidade, Princípio da Eficiência, Princípio da Proposta mais Vantajosa, para administração, Princípio da Promoção do Desenvolvimento Nacional Sustentável, Princípio da Probidade Administrativa, Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, Princípio do Julgamento Objetivo, entre outros correlatos.

Ressalto que o rol de princípios estabelecidos no ordenamento não é exaustivo e ainda podemos destacar: Princípio da Motivação, Princípio da Adjudicação Compulsória, Princípio do Procedimento Formal, Princípio da Segurança Jurídica, Princípio da Supremacia do Interesse Público, do qual vamos tratar neste trabalho.

O Princípio da Supremacia do Interesse Público está presente e norteia todas as espécies de Contratos Administrativos, aqueles firmados com entes privados ou com entes da administração pública em todos seus âmbitos e esferas municipais, estaduais e Federais.

O objetivo desse artigo é demonstrar a aplicação e a obrigação da observância do Princípio do Interesse Público nas contratações administrativas, visando o alcance dos objetivos que melhor atendem ao interesse público primário garantindo uma boa contratação e eficaz gestão do erário.

1 O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

O Princípio da Supremacia do Interesse Público ou conhecido também como Princípio da Finalidade, é o resultado da busca dos interesses da sociedade, regulamentado pela Lei 9.784/99, que trata dos processos administrativos no âmbito da Administração Pública Federal, coloca-se como um dos princípios de observância obrigatória pela Administração Pública, correspondendo ao atendimento a fins de interesse gerais vedados a renúncia total ou parcial de poderes ou competência, salvo autorização em lei (Art.2, II da Lei 9.784/99).

Diogenes Gasparini define interesse público como aquele que se refere à toda a sociedade, o interesse do todo social, da comunidade considerada por inteiro e cita em sua obra, Direito Administrativo 13ª Edição, o conceito do jurista De Plácido e Silva:

“Ao contrário do particular, é o que se assenta em fato ou direito de proveito coletivo ou geral. Está, pois, adstrito a todos os fatos ou a todas as coisas que se entendam de benefício comum ou para proveito geral, ou que se imponham para uma necessidade coletiva”

A Supremacia do Interesse Público, nas lições de Irene Nohara:

“Supremacia do interesse público é postulado que alicerça todas as disciplinas do direito público, que partem de uma relação vertical do Estado em relação aos cidadãos. Já no direito privado, as relações jurídicas são analisadas na perspectiva da horizontalidade, isto é, da igualdade entre sujeitos e interesses particulares.” (NOHARA, 2017, p. 58)

Quando falamos em supremacia do interesse público, o entendimento majoritário é de que os interesses da coletividade sejam sobrepostos aos interesses individuais, e em havendo conflitos de interesses entre eles há de prevalecer o primeiro.

Há que se elucidar, que o interesse público que deve prevalecer é o do interesse primário, ou seja o interesse público propriamente dito e não os secundários, interesses meramente das pessoas estatais, como esclarece Celso Antônio Bandeira de Melo:

“Interesse público ou primário, repita-se, é o pertinente à sociedade como um todo, e só ele pode ser validamente objetivado, pois este é o interesse que a lei consagra e entrega à compita do Estado como representante do corpo social. Interesse secundário é aquele que atina tão-só ao aparelho estatal enquanto entidade personalizada, e que por isso mesmo pode lhe ser referido e nele encarnar-se pelo simples fato de ser pessoa, mas que só pode ser validamente

perseguido pelo Estado quando coincidentemente com o interesse público primário.”

Por esse princípio impõe-se a Administração Pública a prática, de atos voltados tão somente para o interesse público sendo o afastamento desta finalidade, denominada como desvio de finalidade podendo ser caracterizada como desvio de finalidade genérico ou desvio de finalidade específico, Diogenes Gasparini:

“Diz-se genérico quando o ato simplesmente deixa de atender ao interesse público, como ocorre na edição de atos preordenados a satisfazer interesses privados, a exemplo da desapropriação de bens para doá-los a particular ou como medida de mera vingança. Diz-se específico quando o ato desatende a finalidade indicada na lei, como se dá quando é usado um instrumental jurídico (carteira de identidade), criado para um fim (segurança pública) para alcançar outro (aumento de arrecadação)” (DIOGENES GASPARINI, 2009, pág.14 e 15).

Os atos praticados pela Administração Pública os quais favoreçam ou persigam interesses particulares são nulos por desvio de finalidade.

Ligado ao princípio da supremacia do interesse público está a indisponibilidade dos interesses qualificados como próprios da coletividade, não se encontrando a livre disposição de quem quer que seja, pois são inapropriáveis.

É, ainda, vedado a autoridade administrativa deixar de tomar providências ou retardar providências que são relevantes ao atendimento do interesse público, em virtude de qualquer outro motivo.

2 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Na conceituação do jurista Celso Antônio Bandeira de Melo, contrato administrativo:

“...é um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado.” (CELSO ANTONIO BMELO, 2008, pág.615).

Como já mencionado na introdução, é importante fazer a diferenciação entre “contratos da Administração” e “contratos administrativos”. Os “contratos da Administração” são todos aqueles firmados pela Administração Pública, incluindo os regidos pelo direito privado, ao passo

que os “contratos administrativos” são somente aqueles submetidos ao Direito Administrativo. Nas lições de Joel de Menezes Niebuhr:

“De acordo com essa linha, a Administração Pública celebra contratos administrativos nas situações em que ela dispõe de prerrogativas especiais, que a põe em posição de superioridade em relação ao contratado. No entanto, ela também firma contratos regidos pelo Direito Privado, em que não se vale das aludidas prerrogativas. Tais contratos, ante a ausência das ditas prerrogativas, para essa corrente doutrinária, não são qualificados como administrativos; são meros contratos privados firmados pela Administração Pública.” (NIEBUHR, 2008, p. 407)

Em regra, os contratos administrativos são celebrados mediante prévia licitação, excetos nos casos de contratação direta previstos na legislação.

As normas regentes do Contrato Administrativo estão dispostas na Lei 8.666/93, Lei de Licitações Lei 13.303/2016, aplicáveis às empresas públicas e sociedades de economia mista.

A doutrina pátria a partir da teoria dos Contratos Administrativos define as principais características do desse tipo de ajuste como sendo: submissão ao Direito Administrativo, presença da Administração em pelo menos um dos polos, desigualdade entre as partes, mutabilidade, existência de cláusulas exorbitantes, formalismo, bilateralidade, comutatividade e confiança recíproca.

Não existe contratação verbal na Administração Pública, em relação à obrigatoriedade da formalização do contrato ou a utilização de elementos substitutivos, importante trazer o que dispõe o art. 62, “caput” e § 4º, da Lei 8.666/93:

“Art. 62. O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.

(...)

§ 4º É dispensável o «termo de contrato» e facultada a substituição prevista neste artigo, a critério da Administração e independentemente de seu valor, nos casos de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica.”

De acordo com o objeto da contratação, a partir do exame da legislação brasileira, a doutrina estabelece as seguintes espécies de contrato:

- a) contrato de fornecimento;
- b) contrato de prestação de serviços;
- c) contrato de obra pública;
- d) contrato de concessão de uso de bem público;
- e) contrato de gerenciamento;
- f) contrato de concessão de serviço público;
- g) contrato de adesão de permissão de serviço público;
- h) contrato de concessão de serviço público precedida de obra;
- i) contrato de concessão patrocinada e administrativa – PPP;
- f) consórcio público.

3 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Os Princípios fazem parte do nosso ordenamento jurídico, funcionam como verdadeiros alicerces ao nosso Direito, dando a ele sustentação e propiciando sua exata compreensão e inteligência. Alguns decorrem de Lei e outros da Doutrina, sendo os principais aplicáveis aos Contratos Administrativos:

a) **Princípio da Legalidade:** de acordo com esse princípio, a Administração Pública só é permitido fazer o que a lei determina, ou seja, ela só age segundo a lei, ao contrário dos particulares, que podem fazer tudo o que a lei não proíba;

b) **Princípio da Impessoalidade:** a atividade administrativa deve ser destinada a todos os administrados, dirigida aos cidadãos em geral, sem determinação de pessoa ou discriminação de qualquer natureza;

c) **Princípio da Moralidade:** conjunto de regras de conduta que regulam o agir da Administração Pública. O ato e a atividade da Administração Pública devem obedecer a não só a lei, mas a própria moral;

d) **Princípio da Publicidade:** por esse princípio todo ato da administração deve ser público, pois ele torna obrigatória a divulgação de atos, contratos e outros instrumentos celebrados pela Administração Pública para sua validade e eficácia.

e) **Princípio da Eficiência:** impõe a administração a obrigação de realizar suas atribuições com rapidez, perfeição e rendimento;

f) **Princípio da Proposta mais Vantajosa** para administração: por meio desse princípio a Administração busca selecionar o contratante e a proposta que apresentem as melhores condições para atender ao interesse coletivo, tendo em vista todas as circunstâncias previsíveis (preço, capacitação técnica, qualidade etc).

g) **Princípio da Continuidade:** por esse princípio os serviços públicos não devem sofrer interrupções, principalmente os essenciais ou ainda que sua paralisação possa causar prejuízos à população.

h) **Princípio da Probidade Administrativa:** constitui uma exigência de ordem constitucional, prevista em seu art. 37, §4º, o administrador, bem como os administrados tem que ter suas condutas pautadas pela honestidade e pela seriedade, mantendo a lealdade para com o interesse público;

i) **Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório:** por meio deste princípio a Administração, bem como os licitantes ou contratados estão adstritos às regras estabelecidas no instrumento convocatório da Licitação.

f) **Princípio do Julgamento Objetivo:** esse princípio está expressamente previsto no art. 44 da Lei nº. 8.666/93. Para o seu cumprimento, o julgamento de um procedimento licitatório deve ser estabelecido com critério objetivos no instrumento convocatório, independentemente do tipo de licitação escolhida, afastando com isso qualquer fator subjetivo na análise do certame.

A aplicação desses Princípios citados nos Contratos Administrativos, assim como outros correlatos, é de suma importância, pois todos os atos da licitação e, conseqüentemente, da contratação, devem estar adstritos a eles. Nas palavras de Yara Darcy Police Monteiro:

“Portanto, no caso, a identificação dos princípios apresenta a utilidade prática de orientar o agente público na interpretação e aplicação das disposições legais ao procedimento licitatório, apontando as soluções para os problemas e incidentes que concretamente surgem na dinâmica desse procedimento.” (MONTEIRO, 1999, p. 3)

O desrespeito a esses princípios pode ensejar a nulidade dos contratos administrativos, e as conseqüências dessa ocorrência, tanto para o administrador quanto para o interesse público, podem ser irreparáveis, daí o porquê de sua importância.

4 APLICAÇÃO E OBRIGATORIEDADE DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

4.1 A SUBMISSÃO AO DIREITO ADMINISTRATIVO

Os contratos administrativos estão submetidos aos princípios e normas de Direito Público, especialmente o Direito Administrativo, sujeitando-se as regras jurídicas capazes de viabilizar a adequada defesa do interesse público.

O artigo 54 da Lei 8.666/1993, determina que os contratos administrativos regulem-se pelas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

4.2 A DESIGUALDADE ENTRE AS PARTES

No contrato administrativo, as partes envolvidas não estão em posição de igualdade. Isso porque o interesse público defendido pela Administração é juridicamente mais relevante do que o interesse privado do contratado. A Administração pública ocupa uma posição de superioridade diante do particular, revelada pela presença de cláusulas exorbitantes que conferem poderes especiais ao ente Público na Contratação.

4.3 A CONSECUÇÃO DE OBJETIVOS DE INTERESSE PÚBLICO

Ao contrário dos contratos privados, celebrados visando objetivos de interesse dos particulares contratantes, os contratos administrativos têm como finalidade fundamental a consecução de objetivos relacionados com a proteção do interesse da coletividade, isto é, do interesse público primário.

4.4 A MUTABILIDADE

No Direito Administrativo a legislação autoriza que a Administração Pública promova a modificação unilateral das cláusulas do Contrato, diferentemente do que ocorre no direito privado, em que vigora o princípio “pacta sunt servanda”, segundo o qual os contratos devem ser cumpridos tal como escritos.

Tal prerrogativa da Administração Pública acaba por instabilizar a relação contratual diante de causas supervenientes de interesse público, contudo, garantem dispositivos contratuais que tratam da remuneração do particular de forma protetiva, não autorizando que sofram alteração unilateral, pois a medida que sejam necessárias eventuais modificações essas só podem ser alteradas com a anuência do contratado.

4.5 AS CLÁUSULAS EXORBITANTES

As cláusulas exorbitantes são disposições contratuais que definem poderes especiais para a Administração dentro do contrato, projetando-o para uma posição de superioridade em relação ao contratado.

São exemplos de cláusulas exorbitantes: a) modificar a execução do contrato a cargo do contratante particular; b) acompanhar a execução do contrato; c) impor sanções previamente estipuladas; d) rescindir, por mérito ou legalidade, o contrato.

Na palavras de Diogenes Gasparini:

“Durante a vigência do contrato, cabe à Administração Pública, por força dessas cláusulas, acompanhar sua execução, isto é, velar para que o contratante particular observe ou realize tudo o que foi pactuado.”

A prerrogativa de modificação dos contratos tem como objetivo possibilitar a melhor adequação dos termos contratuais às finalidades de interesse público. Portanto, o poder de modificação dos contratos administrativos trata-se de uma competência deferida à Administração.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em suma, os Contratos Administrativos são regidos e norteados pelos princípios de Direito Administrativo dispostos em nosso ordenamento jurídico. Em especial o Princípio da Supremacia do Interesse Público, coloca a Administração Pública em situação de superioridade perante o particular com o objetivo de alcançar a finalidade primordial da gestão da coisa Pública que é o interesse público.

A obrigatoriedade da aplicação desse Princípio aos Contratos Administrativo garante instrumentos legais e poderes especiais a Administração para que esse objetivo, ou seja, o interesse público primário, seja atingido com maior eficácia e com a melhor utilização do erário.

Nota-se contudo, que no que tange a questão econômico-financeira, a legislação protege o ente particular nos ajustes firmados com a Administração Pública.

Por fim, conclui-se que a aplicação do Princípio da Supremacia do Interesse Público aos Contratos Administrativos têm como finalidade fundamental a consecução de objetivos relacionados com a proteção do interesse da coletividade, isto é, do interesse público primário como um todo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GASPARINI, Diogenes. Direito Administrativo. 13ª Edição. São Paulo, Saraiva, 2008.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio. Curso de Direito Administrativo. 26ª Edição. São Paulo, Malheiros Editores, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 27ª Edição. São Paulo, Editora Atlas, 2014.

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Atlas, 2017.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação pública e contrato administrativo. Curitiba, Zênite, 2008.

SHINJI HIGA, Alberto. PEREIRA CASTRO, Marcos. ZANOTELLO DE OLIVEIRA, Simone. Manual de Direito Administrativo. São Paulo, Editora Rideel, 2018.

CAPÍTULO 14

PROCESSO LICITATÓRIO DAS EMPRESAS ESTATAIS: FINALIDADES, PRINCÍPIOS E DISPOSIÇÕES GERAIS

DINORÁ ADELAIDE MUSETTI GROTTI

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

INTRODUÇÃO

Para dar cumprimento ao disposto no artigo 173,§ 1º da Constituição Federal de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional n.19/1998, foi editada a Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

O Estatuto só veio a ser promulgado quase vinte anos depois de sua previsão constitucional, “na esteira da crise das estatais propiciada pelo déficit público e excesso de interferências governamentais em seus preços, e, também, pela Operação Lava-Jato, que, como se sabe, tem como objeto esquemas de corrupção ocorridos sobretudo em empresas estatais, mormente na Petrobrás”.

A Constituição Federal no artigo 173,§ 1º prevê regime especial apenas para as empresas públicas e sociedades de economia mista que exploram atividade econômica, que competem com a iniciativa privada em regime de concorrência.

A Lei Federal n. 13.303/2016 abrange as empresas estatais que explorem “atividade econômica de produção ou comercialização de

bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos”(art. 1º). Assim, a Lei Federal n. 13.303/2016 vai para além do previsto no § 1.º do artigo 173 da Constituição Federal, que dispõe apenas sobre as que exploram atividade econômica.

O art. 28, § 3º, I, da Lei n. 13.303/2016 prevê a inaplicabilidade de licitação no caso de “comercialização, prestação ou execução, de forma direta, pelas empresas mencionadas no caput, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais”. Isso se refere às atividades de qualquer das entidades submetidas à Lei n. 13.303/2016, independentemente da natureza de tais atividades.

Foramajuizadas ações diretas de inconstitucionalidade, com pedidos de medida cautelar, pela Federação Nacional das Associações do Pessoal da Caixa Econômica Federal (FENAEF), pela Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro (CONTRAF-CUT), pelo Partido Comunista do Brasil (PCB) e pelo Governador do Estado de Minas Gerais, em face de normas da Lei n. 13.303, de 20 de junho de 2016, e dos Decretos n. 8.945, de 27 de dezembro de 2016, que regulamenta, no âmbito da União, a Lei n. 13.303/2016; e 9.188, de 1º de novembro de 2017, que estabelece regras de governança, transparência e boas práticas para a adoção de regime especial de desinvestimento de ativos pelas sociedades de economia mista federais.

Na ADI 5.624/DF, as entidades autoras – FENAEF e CONTRAF-CUT – apontam a inconstitucionalidade formal da Lei n.13.303/2016, por invasão do Poder Legislativo sobre prerrogativa do chefe do Poder Executivo de dar início ao processo legislativo em matérias que envolvam a organização e funcionamento do próprio Executivo eo regime jurídico de seus servidores (Constituição da República, art. 61, II, c/e, c/c art. 84, VI). Sob o aspecto material, questionam a excessiva abrangência do diploma, incidente sobre a totalidade das empresas públicas e sociedades de economia mista de todas as esferas da federação, independentemente da atividade que explorem. Alegam que o art. 173, § 1º da CR apenas autorizaria a edição de estatuto jurídico de empresas estatais que explorem atividades econômica em sentido estrito (em regime de competição com o mercado), mas não das que prestam serviços públicos em regime de exclusividade. O dispositivo constitucional tampouco admitiria a exceção veiculada no art. 1º, § 1º da Lei n. 13.303/2016, que estabelece a não sujeição ao regime legal de empresas de receita operacional bruta inferior a noventa milhões de reais. A lei também violaria a autonomia e a capacidade de auto-organização dos entes subnacionais, consagrada pelos arts. 25 e 30, I/ II da

Constituição. O art. 1º, §§ 3º/4º da lei reconheceria, em parte, a autonomia de tais entes, mas deixaria pouco espaço de normatização estadual, distrital ou municipal. O art. 17§ 2º, ao estabelecer vedações para a investidura em cargos de direção ou membro de Conselho de Administração de empresas estatais, ofenderia o princípio da igualdade, a razoabilidade e a liberdade de associação profissional ou sindical. A norma “impediria o exercício de supervisão ministerial por meio da participação de autoridades diretamente relacionadas à gestão das políticas públicas setoriais em conselhos de administração”. Não haveria razoabilidade no impedimento imposto a (i) dirigentes de partidos políticos (art. 17, § 2º, I); (ii) pessoas que atuaram em organização, estruturação e realização de campanhas eleitorais (art. 17, § 2º, II); e (iii) pessoas que exercem cargo em organizações sindicais (art. 17, § 2º, III). Alegam que a Lei n.13.303/2016 estabeleceu para empresas estatais regras mais restritivas do que as vigentes para empresas privadas.

Além da ADI 5.624/DF foram ajuizadas as ADIs 5.846/DF, pelo Partido Comunista do Brasil (PCB-) 5.924/MG, pelo Governador do Estado de Minas Gerais e 6.029/DF, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro (CONTRAF), todas acoimando de inconstitucionais dispositivos da Lei das Estatais.

O relator, Ministro Relator Ricardo Lewandowski, determinou na ADI 5.624/DF o julgamento conjunto dos feitos, acolheu a preliminar de ilegitimidade ativa da FENAE e deferiu parcialmente a medida cautelar, *ad referendum* do Plenário, para conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 29-caput-XVIII da Lei n. 13.303/2016 e assentar que a venda de ações das empresas públicas, sociedades de economia mista ou de suas subsidiárias ou controladas, sempre que se cuide de alienar o controle acionário, exige autorização legislativa e realização de procedimento licitatório (peça 50). Com amparo no art. 9º, § 1º da Lei n. 9.868/1999, o relator convocou audiência pública, realizada em 28/09/2018, referente ao tema objeto das ações, na qual foram ouvidas exposições de representantes de diversas entidades, com transcrição acostada nos autos.

Os autores divergem quanto à amplitude da Lei das Empresas Estatais.

Vitor Rhein Schirato, por exemplo, sustenta a inexistência da dicotomia, Alexandre Santos de Aragão defende a superação da dicotomia, levando em conta que a adoção da forma privada para prestação estatal de serviços públicos teve o propósito de admitir métodos mais ágeis e flexíveis de gestão. Carolina Barros Fidalgo acolhe também a incidência do regime previsto no artigo 173, §1º, da CF/88 para as prestadoras de serviço público.

Cesar A. Guimarães Pereira salienta que o texto legal limitou sua incidência às empresas que impliquem uma exploração de atividade econômica, o que corresponde à prestação de serviços públicos em ambiente competitivo ou de mercado; as que prestam serviço em ambiente não competitivo e, portanto, fora do mercado, estão alheias ao regime da referida Lei.

É inconteste, porém, que a dicotomia entre a prestação de serviços públicos e a exploração de atividades econômicas vem, cada vez mais, se tornando menos nítida e sofrendo uma série de críticas por parte de alguns doutrinadores, fundadas nas transformações verificadas na exploração de serviços públicos, nas evoluções sofridas pela economia e pelos próprios instrumentos de intervenção do Estado na economia.

A Lei possui três Títulos: o Título I contém um Capítulo I, com disposições preliminares pertinentes ao alcance da lei e ao conceito das empresas destinatárias das suas normas; um Capítulo II, sobre o regime societário da empresa pública e da sociedade de economia mista, com normas sobre o acionista controlador, o administrador, o Conselho de Administração, o membro independente do Conselho de Administração, a Diretoria, o Comitê de Auditoria Estatutário, o Conselho Fiscal e a função social da empresa pública e da sociedade de economia mista. O Título II trata das licitações e contratos, bem como da fiscalização pelo Estado e pela sociedade. E o Título III contém disposições finais e transitórias.

O Estatuto, considerando que o cumprimento de algumas normas seria muito custoso e desproporcional para empresas de menor porte, exclui a incidência de muitas das suas regras de governança, nos termos do § 1º do art. 1º, às estatais que tenham receita inferior a R\$ 90 milhões, devendo o respectivo poder executivo editar as regras pertinentes dentro de cento e oitenta dias, prazo após o qual as regras de governança do Estatuto passam a recair integralmente sobre elas (art. 1º, §§ 3º e 4º). A limitação do art. 1º, § 1º, aplica-se apenas ao Título I (governança) e não ao Título II (processo licitatório).

A expedição da Lei n. 13.303/2016 encerrou um debate acerca do regime aplicável às licitações das empresas estatais na ausência da lei prevista no dispositivo constitucional.

A discussão anterior ensejou autorização legislativa especial para que algumas empresas estatais adotassem regramentos próprios de licitação e contratação e a concepção de que as demais empresas estatais estariam sujeitas ao regime aplicável de licitações (Lei n. 8.666/1993, Lei do Pregão -

Lei n. 10.520/2002, Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas -RDC-Lei n. 12.462/2011 e outras).

A autorização legal foi atribuída à Petrobrás, Eletrobrás e EBC-Empresa Brasil de Comunicação, mas apenas a Petrobrás a aplicou concretamente. As autorizações relativas à Eletrobrás e à Petrobrás foram revogadas pelo artigo 96, incisos I e II da Lei 13.303/2016, respectivamente. O artigo 25 da Lei n. 11.652/2008 permanece em vigor.

A insuficiência desta solução levou também à aplicação do dever de licitar às atividades-meio e ao afastamento da exigência de licitação para as atividades-fim que correspondem a atos negociais e regidas pelo direito privado. A doutrina e a jurisprudência, inclusive do Tribunal de Contas da União (TCU) caminham no sentido de que a necessidade de licitação não alcançava essas atividades. Essa solução foi adotada no art. 28, § 3º, I, da Lei n. 13.303/2016, em um regime de “inaplicabilidade de licitação” antes qualificado como de inexigibilidade de licitação.

A matéria abordada neste artigo se restringirá à apreciação do regime geral das licitações e contratos das empresas estatais, disciplinado pelos arts 31 a 41 da Lei n. 13.303/2016, correspondentes à Seção II do Capítulo I do Título II do mesmo diploma.

1 DISPOSIÇÕES DE CARÁTER GERAL

1.1 FINALIDADE E PRINCÍPIOS DO PROCESSO LICITATÓRIO - ART. 31, §1º

Art. 31. As licitações realizadas e os contratos celebrados por empresas públicas e sociedades de economia mista destinam-se a assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto, e a evitar operações em que se caracterize sobrepreço ou superfaturamento, devendo observar os princípios da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, da obtenção de competitividade e do julgamento objetivo.

O art. 31 da Lei n. 13.303/2016 estabelece as finalidades que devem ser perseguidas pelo processo licitatório e os princípios que o informam. Este processo visa garantir duplo objetivo: i) proporcionar às entidades governamentais possibilidades de realizarem a seleção da proposta mais

vantajosa; e (ii) evitar operações em que se caracterize sobrepreço ou superfaturamento.

Diferentemente do art. 3º da Lei n. 8.666/1993, não menciona como finalidade a garantia da observância do princípio da isonomia, mas “a omissão é irrelevante até porque o princípio da igualdade é um dos relacionados no texto como de observância obrigatória”. Também não cita como objetivo o desenvolvimento nacional sustentável, mas tal falta também é insignificante, pois este é citado como princípio da licitação.

Ao arrolar a busca no mercado da proposta mais vantajosa a Lei n. 13.303 objetiva uma contratação pública que assegure não apenas os requisitos de maior qualidade e de menor preço, mas aquela que também garanta a satisfação dos valores fixados legal e constitucionalmente.

Na concepção de proposta mais vantajosa a Lei introduz aspectos condizentes com o ciclo de vida do objeto, o que deve ser avaliado também quando de uma contratação direta. Tal determinação implica considerar, na apuração da proposta mais vantajosa, os encargos e as vantagens do objeto não apenas no momento da aquisição, mas durante toda a sua vida útil.

A legislação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas -RDC “já continha um conceito similar, de custos indiretos, destinado a aferir o dispêndio da Administração Pública nos casos de julgamento por menor preço ou menor desconto (art. 19, § 1º, da Lei n. 12.462/2011 e art. 26, §§ 1º e 2º, do Dec. 7.581/2011). Porém não se tem conhecimento de sua aplicação concreta ou do desenvolvimento de parâmetros efetivos para a aferição de tais custos indiretos”.

A segunda finalidade das licitações instauradas pelas estatais está vinculada à noção de controle estrito e objetiva “evitar operações em que se caracterize sobrepreço ou superfaturamento”, disciplinados pelos incisos I e II do § 1º do art. 31, respectivamente.

Configura-se sobrepreço quando “os preços orçados para a licitação ou os preços contratados são expressivamente superiores aos referenciais de mercado, podendo referir-se ao valor unitário de um item se a licitação ou a contratação for por preços unitários de serviço; ou ao valor global do objeto se a licitação ou a contratação for por preço global ou por empreitada” (art. 31, § 1º, I).

A distinção efetuada pelo inciso I entre contratos por preços unitários ou por preço global, como observa César A. Guimarães Pereira, “elimina um problema prático usual, verificado nas situações em que o órgão de controle

ou a administração pretendem discutir o excesso ou insuficiência de preços unitários específicos em contratos, nos quais o preço global proposto é inferior ao orçamento. Nos termos do dispositivo legal, só a proposta global pode ser objeto de “sobrepço” se o contrato é por preço global. A solução não impede que, mediante justificativa específica, se discuta a existência de “jogo de planilha” que, no contexto de um contrato peculiar, frustre o regime da contratação por preço global.

O real conhecimento do mercado no qual se subsume o objeto do contrato é a maneira adequada de se evitar o sobrepço, na medida em que é através do domínio dos preços de mercado dos bens ou serviços que se torna possível aferir o sobrepço. Toda compra pública exige a prévia definição de um preço de referência, processo esse amplo e abrangente. O desafio está em como obter esse parâmetro quando do planejamento da contratação. Ocorre, porém, que a formação do preço de referência é um dos aspectos de grande dificuldade quando do planejamento da contratação.

Nos termos do § 1º, II, do art. 31, ocorre superfaturamento, “quando houver dano ao patrimônio da empresa pública ou da sociedade de economia mista caracterizado, por exemplo: a) pela medição de quantidades superiores às efetivamente executadas ou fornecidas; b) pela deficiência na execução de obras e serviços de engenharia que resulte em diminuição da qualidade, da vida útil ou da segurança; c) por alterações no orçamento de obras e de serviços de engenharia que causem o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato em favor do contratado; d) por outras alterações de cláusulas financeiras que gerem recebimentos contratuais antecipados, distorção do cronograma físico-financeiro, prorrogação injustificada do prazo contratual com custos adicionais para a empresa pública ou a sociedade de economia mista ou reajuste irregular de preços”.

Segundo Edgar Guimarães e José Anacleto Abduch Santos “a norma deve ser interpretada sistematicamente” devendo o superfaturamento ser caracterizado não só pelo dano efetivo, mas também pelo dano potencial ou jurídico. Acrescenta que “o superfaturamento se inclui no plano das infrações de mera conduta, não demandando resultado concreto para que se evidencie”.

De forma exemplificativa o dispositivo elenca hipóteses que denotam conduta ilícita. No entanto, alterações embasadas em justificativa técnica, indispensáveis para corrigir defeito de projeto básico no orçamento de obras ou de serviços de engenharia, que causem o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato em favor do contratado não espelham, por si só, um superfaturamento.

Não há uniformidade entre os doutrinadores na indicação dos princípios informativos da licitação. Em geral, todavia, a discordância radica-se em que fundem ou desdobram os mesmos preceitos.

Da mesma forma que a Lei n. 8.666/1993, na Lei n. 13.303/2016, art. 31, são mencionados os princípios que devem nortear as licitações e contratações no âmbito das aludidas entidades, a saber: da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, da obtenção de competitividade e do julgamento objetivo.

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade não consta desse rol, diferentemente da Lei n. 8.666/1993 e da Lei n. 12.462/2012, que o mencionam expressamente. Apesar da omissão, é certo que as empresas estatais não podem fugir do princípio da legalidade, pois este é de raiz constitucional, conforme expresso no art. 37 da Constituição.

Anota Alexandre Santos de Aragão que a aplicação do princípio da legalidade às estatais “deve se dar de forma mais atenuada, sendo inimaginável que fosse especificamente necessária base legal (por mais ampla que fosse) para cada uma das multifacetadas operações econômicas e contratuais do seu dia a dia empresarial.[...]”

As estatais precisam de uma base legal para atuar (a sua lei instituidora-art.37, XIX CF) e para participar de outras empresas- art. 37, XX CF, mas, a partir daí, podem, dentro do seu objeto social legalmente definido, praticar todas as operações que não sejam vedadas pelo Direito”.

PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE

O princípio da impessoalidade: aparece, pela primeira vez, com essa denominação, no artigo 37 da Constituição de 1988 e consagrado no artigo 111 da Constituição do Estado de São Paulo, tem dado margem a diferentes interpretações, a várias acepções, a uma gama diversa de enfoques.

Daí decorre uma nova concepção para o princípio, a qual deve abarcar, para além das já consideradas pela doutrina (igualdade, finalidade), “uma série de outras diretrizes, entre as quais a da imparcialidade, a da objetividade, a da neutralidade e a da transparência da Administração Pública”. No procedimento licitatório todos os licitantes devem ser tratados com

absoluta neutralidade; não deve haver favoritismos ou discriminações impertinentes entre os seus participantes; não pode ser dada vantagem a qualquer deles, como sucederia, por exemplo, se a Administração contratasse preterindo o proponente vencedor.

PRINCÍPIO DA MORALIDADE

O procedimento licitatório terá de se desenrolar na conformidade de padrões éticos prezáveis, o que impõe, para Administração e licitantes, um comportamento escorreito, liso, honesto, de parte a parte, interditando conluíus para afastar disputantes, acordos para aumentos de preços, decisões desleais etc. Especificamente para a Administração, tal princípio está reiterado na referência ao princípio da probidade administrativa, que nada mais é que honestidade no modo de proceder, assujeita a licitação a padrões de moralidade, incluindo exigências de lealdade e boa-fé entre Administração e licitantes. Daí que a utilização de artifícios, expedientes ou subterfúgios que dificultem ou embaracem o exercício de direitos dos participantes configura comportamento inválido.

A Lei n.8.429/1992 arrola, entre os casos de improbidade administrativa as condutas que frustrem a licitude de processo licitatório ou processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente (inc. VIII do art. 10 com a redação dada pela Lei n. 13.019/2014).

PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Tal princípio é a espinha dorsal da licitação e implica o dever de tratar isonomicamente todos os que participam do certame e o de ensejar oportunidade de disputá-lo a quaisquer interessados que ofereçam as indispensáveis condições de garantia.

Por isso, a igualdade há de ser observada.: a) *na abertura do certame* - interditando-se a injustificada exclusão de possíveis licitantes, com a formulação de exigências excessivas para a habilitação ou a exagerada constrição do objeto; b) *no exame da habilitação e no julgamento* - que deve ser feito com os mesmos critérios e na mesma época para todos os licitantes; c) *no curso do procedimento* - devendo-se assegurar aos licitantes idênticas oportunidades para prestar esclarecimentos, acompanhar diligências, falar nos autos e examiná-los; d) *com relação à publicidade* - devendo-se dar conhecimento dos atos licitatórios aos interessados pelos mesmos meios e na mesma ocasião, evitando-se o privilégio da ciência antecipada.

Pontuam Edgar Guimarães e José Anacleto Abduch Santos que “tal não significa impossibilidade de tratamento diferenciado, o que é evidente, mas que qualquer tratamento diferente conferido a alguém deve estar amparado em uma situação de fato que autorize legitimamente a discriminação”.

PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

Impõe a divulgação dos atos e termos da licitação em todas as suas fases- inclusive a motivação das decisões - sob pena de descaracterizar o certame. É um dever de transparência em prol não apenas dos disputantes, mas de qualquer cidadão, assegurando a todos os interessados a possibilidade de fiscalizar a legalidade dos atos.

O princípio da publicidade tem que ser atendido de maneira uniforme em relação a todos os que pretendam participar ou participem do certame. A publicidade é essencial: na abertura do certame para dar conhecimento dele aos possíveis interessados; no descerramento dos envelopes, para permitir o controle; quanto aos vários atos, para propiciar recursos e impugnações etc.

Apenas pode haver atos sigilosos praticados pela Administração Pública nas exceções legais amparadas na Lei Maior.

Ressalta Alexandre Santos de Aragão que o princípio da publicidade é plenamente aplicável às estatais, salvo quando prejudicar a sua atuação concorrencial no mercado.

Expressa é a Lei de Acesso à Informação – LAI (Lei n. 12.527/2011), em seu art. 1º, II, quanto à incidência sobre as empresas públicas e sociedades de economia mista, merecendo especial destaque para eventuais atenuações da incidência do princípio da publicidade nas empresas estatais o seu art. 22, que reza:

Art. 22. O disposto nesta Lei não exclui as demais hipóteses legais de sigilo e dessegredo de justiça nem as hipóteses de segredo industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou entidade privada que tenha qualquer vínculo com o poder público.

A seu turno, seu Decreto regulamentador n.7.724/2012 estatui que as estatais e suas subsidiárias não se sujeitam à LAI quanto às informações cuja divulgação possa representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos, bem como àquelas protegidas por sigilo fiscal, bancário,

de operações e serviços no mercado de capitais, comercial, profissional, industrial e de segredo de justiça:

Art. 5º Sujeitam-se ao disposto neste Decreto os órgãos da Administração Direta, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União.

§ 1º A divulgação de informações de empresas públicas, sociedade de economia mista e demais entidades controladas pela União que atuem em regime de concorrência, sujeitas ao disposto no art. 173 da Constituição, estará submetida às normas pertinentes da Comissão de Valores Mobiliários, a fim de assegurar sua competitividade, governança corporativa e, quando houver, os interesses de acionistas minoritários.

§ 2º Não se sujeitam ao disposto neste Decreto as informações relativas à atividade empresarial de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado obtidas pelo Banco Central do Brasil, pelas agências reguladoras ou por outros órgãos ou entidades no exercício de atividade de controle, regulação e supervisão da atividade econômica cuja divulgação possa representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos.

Art. 6º O acesso à informação disciplinado neste Decreto não se aplica:

I – às hipóteses de sigilo previstas na legislação, como fiscal, bancário, de operações e serviços no mercado de capitais, comercial, profissional, industrial e segredo de justiça; e

II – omissis.

Nota-se uma resistência por parte das empresas estatais ao dever de fornecer informações em sua posse, sob o argumento de proteção do sigilo comercial e bancário de seus clientes, ou ainda sob o fundamento de não expor a estratégia da empresa a seus potenciais competidores e, assim, se verem excluídas da aplicação da Lei de Acesso à Informação. Tal resistência vem gerando críticas e litígios administrativos e judiciais.

Esses posicionamentos, pelo menos em relação aos seus contratos, podem perder a sua força em razão de o art. 74 do Estatuto das Estatais os ter submetido à LAI, que, por sua vez contém as exceções geralmente evocadas pelas estatais.

É preciso esclarecer que “os argumentos de sigilo comercial para o afastamento da LAI só são cogitáveis para as estatais que atuam em concorrência com agentes privados, sejam prestadoras de serviços públicos,

monopólios públicos ou exploradoras de atividades econômicas na forma do art. 173, *caput*, CF.

As estatais que atuam em regime de exclusividade não estão sujeitas às normas da CVM citadas pelo mencionado Decreto ou à proteção de sigilo comercial, já que a regra se refere claramente apenas às que atuam em concorrência.

Já as demais hipóteses de sigilo referidas no inciso I do art. 6º do Decreto, fora o sigilo comercial, se aplicam não apenas às estatais que atuam sem concorrência, mas mesmo a toda a Administração Pública.

Nesse sentido, em relação às estatais concorrenciais, há que se precaver da propensão de identificar em qualquer divulgação de dados uma ameaça aos seus planos e métodos de operação no mercado. Na dúvida, deve prevalecer o direito fundamental à informação.

O § 5º do art. 86 da Lei n. 13.303/2016, embora atribua a um regulamento a tarefa de definir sigilo estratégico, comercial ou industrial, não objetiva propiciar uma deslegalização dessas definições para o regulamento, haja vista a existência de vários dispositivos no bojo que remetem à LAI. O regulamento deve se restringir “ao que não contrariar a LAI e os dispositivos do próprio Estatuto pertinentes ao acesso aos documentos das estatais e, naturalmente, aos direitos fundamentais e princípios da Administração Pública subjacentes a tal acesso”.

A polêmica sobre a divulgação de informações relativa às estatais concorrenciais tem sido objeto de discussão no âmbito judicial e administrativo.

Assim, o Tribunal Regional da 2ª Região se manifestou em apelação em mandado de segurança impetrado por órgão de imprensa em face do Banco Nacional de Desenvolvimento – BNDES, tendo por objeto o acesso a informações sobre operações de financiamento realizadas pelo banco estatal, constantes dos Relatórios de Análise de Operações de Financiamento, para determinar ao impetrado que assegure e permita, sob as penas da lei, o acesso e a extração de cópias dos relatórios de análise especificados”.

MANDADO DE SEGURANÇA. ACESSO À IMPRENSA DE RELATÓRIOS DE ANÁLISE ELABORADOS PELO BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL – BNDES. INEXISTÊNCIA DE SIGILO BANCÁRIO. PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E TRANSPARÊNCIA. É legítima a pretensão da imprensa de ter acesso a relatórios de análise, elaborados pelo

BNDES, contendo a justificativa técnica para as operações de empréstimo e financiamentos milionários, concedidos com o emprego de verbas públicas (em última análise). Matéria de interesse público indiscutível. Inexistem em tais relatórios dados bancários sigilosos ou que comprometam a segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, incisos XIV e XXXIII, da Lei Maior). Observância dos princípios da publicidade (art. 37, *caput*, da CF) e da transparência, nos termos da Lei n. 12.527/2011. A própria essência da ideia republicana e a lógica da liberdade de imprensa são respaldo suficiente a autorizar o acesso, aos canais noticiosos, de dados importantes à ciência, pela população, do uso de vultosas quantias de empresa pública de financiamento. Evita-se que se diga que favores foram concedidos a amigos do rei. Apelação do BNDES e remessa necessária desprovidas. Apelação dos Impetrantes provida.

A jurisprudência do STF tende a relativizar a questão do sigilo nas empresas estatais, sopesando-a com o princípio da publicidade, atribuindo a este um maior peso.

No Mandado de Segurança 33.340/DF, T.1, rel.Min. Luiz Fux, j.26-05-2015, DJe 03-08-2015, impetrado contra decisão do TCU que determinou ao BNDES o envio de informações sobre operações de crédito realizadas com o grupo JBS/Friboi, decidiu-se, por maioria, pela denegação da segurança, por entender que “operações financeiras que envolvam recursos públicos não estão abrangidas pelo sigilo bancário a que alude a Lei Complementar n. 105/2001, visto que as operações dessa espécie estão submetidas aos princípios da administração pública insculpidos no art. 37 da Constituição Federal. Em tais situações, é prerrogativa constitucional do Tribunal [TCU] o acesso a informações relacionadas a operações financiadas com recursos públicos”.

Em Mandado de Segurança n. 21.729/DF, Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, rel. p/ acórdão Min. Neri da Silveira, j. 05/10/1995, DJ 19/10/2001, impetrado pelo Banco do Brasil em face do Ministério Público Federal, o STF posicionou-se pela legitimidade do Ministério Público requisitar informações e documentos destinados a instruir procedimentos administrativos de sua competência, entendendo não caber “ao Banco do Brasil negar, ao Ministério Público, informações sobre nomes de beneficiários de empréstimos concedidos pela instituição, com recursos subsidiados pelo erário federal, sob invocação do sigilo bancário, em se tratando de requisição de informações e documentos para instruir procedimento administrativo instaurado em defesa do patrimônio público”.

Há ainda que se registrar os inúmeros processos administrativos instaurados junto ao atual Ministério da Transparência, Fiscalização e

Controladoria-Geral da União, frente a negativas de acesso a informações na Administração Pública Federal, Direta e Indireta.

No Processo n. 99909.000070/2013-24 tendo por objeto a divulgação da tabela remuneratória de diversos cargos de nível superior e de gerência da Petrobrás, a CGU entendeu que o acesso a tais informações não era garantido pela LAI e violaria o regime jurídico de direito privado dessa sociedade. Dessa forma, acolheu o argumento da Petrobrás de que a informação era sigilosa e que a sua divulgação poderia afetar a sua competitividade.

A esse respeito a Lei n. 13.303/2016, em seu art. 8º, incisos III e VIII preleciona que as empresas públicas e as sociedades de economia mista deverão observar, como requisito de transparência, a divulgação da remuneração da sua administração, não prevendo a mesma divulgação para os demais empregados.

No Parecer 2.951/13, Processo administrativo 99903.000274/2013-15 foi solicitado o acesso a informações relativas à operação de financiamento da Arena Itaquera, acesso esse negado pelo BNDES. A CGU, considerando a matéria como de Direito Administrativo, por envolver transferências de recursos públicos a particulares, entendeu que a mesma deveria pautar-se pelos princípios constitucionais, aí incluso o da publicidade, afastando o argumento do Banco de que tais informações seriam protegidas por sigilo bancário.

Da análise dos casos supracitados, Alexandre Santos de Aragão constata “que de forma geral a CGU, para admitir a não divulgação de informações, privilegia mais argumentos ligados ao sigilo comercial/concorrencial do que ao sigilo bancário. Ou seja, tem protegido mais as próprias estatais que seus clientes”.

No Plenário do TCU foi decidido que, em razão do art. 88, da Lei das Estatais, não cabe à empresa pública ou à sociedade de economia mista negar acesso a informações pelo órgão de controle externo. O § 1º, do art. 88, da Lei das Estatais determina que informações estratégicas para os negócios da companhia serão protegidas pelos agentes dos órgãos de controle externo para que seja garantida a sua confidencialidade. Nesse caso, merece muita atenção dos administradores dessas empresas a classificação dada a cada um dos documentos.

PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Exige que o administrador busque os melhores resultados com o menor ônus possível. Ou seja, alcançar as finalidades da licitação e da contratação, obtendo a maior qualidade do objeto, pelo menor custo, cumprindo a função social que compete às estatais e os valores constitucionais atribuídos ao Estado, é a tônica da eficiência”.

PRINCÍPIO DA ECONOMICIDADE

Demanda a relação entre custos e benefícios que “se traduz na utilização otimizada e razoável dos recursos públicos, com acento primordialmente no art. 70 da Lei fundamental”. O princípio da economicidade é conexo com o princípio da proporcionalidade, na medida em que deve haver relação proporcional entre os gastos da Administração Pública com o procedimento e as vantagens a serem auferidas com ele.

Existem, no artigo 31, várias aplicações dos princípios da economicidade e da eficiência. Assim, o *caput* do art. 31 estatui que a seleção da proposta mais vantajosa considere o “ciclo de vida do objeto”; o § 1º, I e II estabelece como finalidade que o processo licitatório evite “operações em que se caracterize sobrepreço ou superfaturamento”; e o § 4º prevê que as empresas estatais podem “adotar procedimento de manifestação de interesse privado para o recebimento de propostas e projetos de empreendimentos com vistas a atender necessidades previamente identificadas, cabendo a regulamentação a definição de suas regras específicas”.

PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL

Prende-se à ideia de que, por meio do processo licitatório, é possível incentivar a preservação do meio ambiente. “Significa que as licitações e as contratações das estatais devem constituir instrumento de desenvolvimento do país e que este desenvolvimento deve ser sustentável (função social da contratação), garantindo padrões sustentáveis de produção e consumo”. Assim o aspecto financeiro e os benefícios sociais e ambientais assumem o mesmo grau de importância em um processo licitatório. Não revela, porém, a LRE a mesma preocupação da Lei n. 8.666/1993 (art.3º, §2º), uma vez que não traz regras de preferência a bens e serviços produzidos no país ou prestados por empresas brasileiras, que atendam a normas técnicas brasileiras ou, ainda, que invistam em pesquisa e no

desenvolvimento de tecnologia no país, adotando uma postura mais neutra nas contratações.

PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO

É princípio básico de toda licitação. No ato convocatório constam todas as normas e critérios aplicáveis à licitação e, uma vez estabelecidas as condições e regras no instrumento convocatório, deve haver respeito absoluto a elas. Todos os envolvidos no processo licitatório obrigam-se ao fiel cumprimento das regras constantes do instrumento convocatório não podendo delas se eximir. O edital é a lei interna da licitação, e como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes quanto a Administração que o expediu. É impositivo para ambas as partes e para todos os interessados na licitação.

PRINCÍPIO DA OBTENÇÃO DE COMPETITIVIDADE

A licitação tem como pressuposto a competição, a ser travada isonomicamente entre os que preenchem os requisitos necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir. A competitividade real, concreta, efetiva, é condição essencial do sucesso da licitação. Quando a competição for impossível, não se fará licitação, pois ela não existe sem confronto, sem disputa, sem oposição.

Dessa forma, é vedada a inserção de requisitos que restrinjam ou obstem de modo ilegítimo a participação de potenciais interessados em contratar. As exigências devem ser apenas aquelas determinadas por lei ou que guardem estrita consonância com a necessidade a ser atendida. De outro giro, em consonância com tal princípio, somente podem ser afastados competidores em virtude de causa justificável ou de vício insanável.

PRINCÍPIO DO JULGAMENTO OBJETIVO

Visa impedir que a licitação seja decidida sob o influxo do subjetivismo, de sentimentos, impressões ou propósitos pessoais dos membros da comissão julgadora. É certo, porém que só há objetividade absoluta quando decide unicamente pelo preço. Quando entram em causa outros critérios (qualidade, técnica, rendimento, muitas vezes indispensáveis para a aferição das propostas), há sempre certa subjetividade.

1.2 ORÇAMENTO PARA OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA - ART. 31, §§2º E 3º

Art. 31. [...]

§2º O orçamento de referência do custo global de obras e serviços de engenharia deverá ser obtido a partir de custos unitários de insumos ou serviços menores ou iguais à mediana de seus correspondentes no Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (Sinapi), no caso de construção civil em geral, ou no Sistema de Custos Referenciais de Obras (Sicro), no caso de obras e serviços rodoviários, devendo ser observadas as peculiaridades geográficas.

§3º No caso de inviabilidade da definição dos custos consoante o disposto no §2º, a estimativa de custo global poderá ser apurada por meio da utilização de dados contidos em tabela de referência formalmente aprovada por órgãos ou entidades da administração pública federal, em publicações técnicas especializadas, em banco de dados e sistema específico instituído para o setor ou em pesquisa de mercado.

Salvo para os serviços e obras de engenharia, o diploma de regência das estatais não faz qualquer menção a uma específica metodologia para apuração de preço de mercado de bens e serviços

Para a formação de preço estimativo para a contratação de compras e de serviços a referência principal é o mercado no qual se coloca o objeto, o que deve ser procedido mediante ampla pesquisa, recolhendo-se informações de fornecedores e de prestadores. É possível a consulta a número razoável de preços e realizada a média aritmética ou a mediana dos valores aferidos a partir de todos os elementos que compõem os custos da futura contratação. O resultado será o preço de referência da licitação. Fundamental é que o preço de referência não destoe do praticado no mercado, admitidas variações que não desbordem da razoabilidade e da proporcionalidade”.

Quanto ao orçamento estimativo de obras e de serviços de engenharia, a LRE preceitua a mesma metodologia que já foi outrora determinada pela Lei de Diretrizes Orçamentárias e hoje prevalece para a Administração Direta Federal por força do Decreto n. 7.983/2013.

Nos termos do §2º o orçamento de referência do custo global de obras e serviços de engenharia deverá ser obtido a partir de custos unitários de insumos ou serviços menores ou iguais à mediana de seus correspondentes no Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil

(Sinapi), no caso de construção civil em geral, ou no Sistema de Custos Referenciais de Obras (Sicro), no caso de obras e serviços rodoviários, devendo ser observadas as peculiaridades geográficas.

No caso de inviabilidade da definição dos custos pela metodologia acima, a estimativa de custo global poderá ser apurada por meio da utilização de dados contidos em tabela de referência formalmente aprovada por órgãos ou entidades da Administração Pública federal, em publicações técnicas especializadas, em banco de dados e sistema específico instituído para o setor ou em pesquisa de mercado (§ 3º).

Na apuração do preço de referência global e na apuração do preço de referência de componentes unitários da planilha de custos deve haver rigor administrativo, pois os valores apurados pela metodologia de formação de preço ou orçamento estimativo constituem a referência objetiva para aferição de sobrepreço ou de superfaturamento.

1.3 PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE - ART. 31, §§4º E 5º

Art. 31. [...]

§4º A empresa pública e a sociedade de economia mista poderão adotar procedimento de manifestação de interesse privado para o recebimento de propostas e projetos de empreendimentos com vistas a atender necessidades previamente identificadas, cabendo a regulamentação a definição de suas regras específicas.

§5º Na hipótese a que se refere o §4º, o autor ou financiador do projeto poderá participar da licitação para a execução do empreendimento, podendo ser ressarcido pelos custos aprovados pela empresa pública ou sociedade de economia mista caso não vença o certame, desde que seja promovida a cessão de direitos de que trata o art. 80.

A possibilidade de adoção do procedimento de manifestação de interesse privado (PMI) para o recebimento de propostas e projetos de empreendimentos com o objetivo de atender necessidades previamente identificadas foi expressamente prevista no §4º do artigo 31 da Lei n. 13.303. As regras específicas desse procedimento serão definidas em regulamento.

De conformidade com o § 5º do mesmo artigo, o autor ou financiador do projeto poderá participar do certame para execução do empreendimento, havendo possibilidade de ser ressarcido pelos custos aprovados pela empresa estatal caso não tenha êxito na licitação, com a condição de cessão dos direitos sobre o projeto. Mas, fora das hipóteses de PMI, a LRE

também proíbe a participação na licitação de quem houver contribuído na elaboração do respectivo projeto (art.44,I, LRE), inclusive em relação às subcontratadas (art. 78, § 2º, II, da LRE).

O procedimento de manifestação de interesse privado já é adotado para os contratos de concessão e permissão de serviço público, parceria público-privada, arrendamento de bens públicos e concessão de direito real de uso.

Da análise dos §§4º e 5º do artigo 31 da Lei n. 13.303/16 Guilherme Jardim Jurksaitis extrai as seguintes regras aplicáveis:

- (i) o PMI deverá ser utilizado para ‘atender necessidades previamente identificadas’, o que parece, ao menos num primeiro momento, sinalizar no sentido da impossibilidade de as empresas estatais receberem propostas não solicitadas encaminhadas pela iniciativa privada, mas apenas estudos fornecidos pelos interessados após a instauração de um procedimento pela entidade;
- (ii) o autor do projeto poderá participar da futura licitação;
- (iii) o financiador do projeto poderá ser ressarcido dos custos, devidamente aprovados pela empresa estatal, nos quais tiver incorrido para a realização dos estudos, caso não vença a futura licitação e desde que ceda os direitos autorais à entidade promotora do certame; e (iv) a possibilidade de aplicação do PMI a todos os empreendimentos que venham a ser contratados pelas empresas estatais, e não apenas pela empresa que solicitou o projeto.

E acrescenta:

nos termos dos dispositivos em análise, deverá ser editado regulamento por cada empresa para tratar das regras aplicáveis ao PMI. A ausência de normas específicas a disciplinar tal procedimento confere aos regulamentos a serem editados alto grau de autonomia para inovar e adequarem-se às necessidades de cada empresa, mas, ao mesmo tempo, impõe o ônus de disciplinar o procedimento estabelecendo padrões que assegurem o tratamento isonômico entre os interessados, a escolha eficiente dos projetos, a devida publicidade dos atos praticados etc.

2 DIRETRIZES PARA AS LICITAÇÕES - ART. 32, INCISOS I A V E §§ 1º A 4º

O art. 32 da Lei n. 13.303 estipula as diretrizes do processo licitatório que deverão ser observadas pelas estatais, muitas delas já expressas no art. 4º

da Lei n. 12.462/2011, que institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC).

2.1 PADRONIZAÇÃO DO OBJETO DA CONTRATAÇÃO - ART. 32, INCISO I

Art. 32. Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes:

I- padronização do objeto da contratação, dos instrumentos convocatórios e das minutas de contratos, de acordo com normas internas específicas.

A Lei encampou a figura da padronização, que deve ser fomentada com vistas a estabelecer um padrão, uniformizar procedimentos e normas internas e estipular um modelo passível de ser utilizado em situações análogas.

A procura de racionalidade nos processos licitatórios abrange a adoção de ritos padronizados.

A padronização do objeto permite à estatal fazer contratações baseadas em parâmetros de qualidade e de características que preencham a necessidade administrativa, de forma a tornar mais eficiente a manutenção e o treinamento/manuseio do equipamento ou do produto por parte dos empregados ou terceirizados.

Esse mesmo inciso preceitua a padronização do instrumento convocatório e das minutas de contrato, que deve ser realizada em ação conjunta entre os setores técnicos e o setor jurídico, de forma a se evitar a sua renovação a cada nova licitação.

Em síntese, deverão ser traçadas normas internas específicas para orientar a descrição do objeto da contratação e a elaboração do instrumento convocatório e da minuta do contrato. “Não se trata de mera padronização informal, mas da edição de normas para a padronização formalmente registrada”. Esse procedimento permite tornar mais eficiente e célere as contratações das estatais.

2.2 BUSCA DA MAIOR VANTAGEM COMPETITIVA - ART. 32, INCISO II

Art. 32. [...]

II- busca da maior vantagem competitiva para a empresa pública ou sociedade de economia mista, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza

econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância;

Embora não se possa descurar do aspecto econômico na licitação, o mesmo deve ser sopesado com os aspectos social e ambiental, pois muitas vezes uma solução técnica que, a priori aparente ser a mais cara, pode se revelar, a posteriori, mais vantajosa em função dos ganhos sociais e ambientais dela resultantes. Via de consequência, “a formatação do instrumento convocatório, a descrição do objeto e a definição dos encargos do contratado devem ser realizados tomando em conta todos os custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental”.

A definição dos critérios a serem utilizados na aferição da vantajosidade da solução técnica, encontram três referenciais no próprio dispositivo legal: custos de manutenção (embora o custo inicial possa ser menor, os custos de manutenção, por serem elevados, tornam a proposta desvantajosa); o desfazimento de bens (a depreciação futura resultante do seu desgaste ou deterioração deve ser sopesada) e resíduos (a adequada disposição final dos resíduos dele decorrentes pode implicar em elevados custos)

2.3 PARCELAMENTO DO OBJETO - ART. 32, INCISO III

Art. 32. [...]

III- parcelamento do objeto, visando a ampliar a participação de licitantes, sem perda de economia de escala, e desde que não atinja valores inferiores aos limites estabelecidos no art. 29, incisos I e II;

Busca-se o parcelamento do objeto para ampliar a possibilidade de participação dos interessados, baseado no pressuposto de que quanto maior sob o prisma quantitativo for o objeto, menor o número de pessoas físicas ou jurídicas aptas a realizá-lo. Com isso, amplia-se a possibilidade de participação de empresas de menor porte, contribuindo para a competitividade do certame.

No entanto, é vedado o parcelamento com o propósito de fazer a contratação enquadrar-se nos limites de contratação direta. O parcelamento tem como limitador a economia de escala.

Pelo conceito de economia de escala a quantidade de um certo produto ou serviço pode acarretar a redução do custo ou preço. Destarte, justifica-se a licitação e a contratação da totalidade em parcela única se o parcelamento refletir aumento considerável dos preços unitários.

2.4 ADOÇÃO PREFERENCIAL DO PREGÃO - ART. 32, INCISO IV

Art. 32. [...]

IV- adoção preferencial da modalidade de licitação denominada pregão, instituída pela Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002, para a aquisição de bens e serviços comuns, assim considerados aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado;

O art. 32 da Lei n. 13.303/2016 prevê a adoção preferencial da modalidade pregão pelas estatais na aquisição de bens e serviços comuns.

O problema dessa previsão está no fato de a LRE ter adotado um modelo de procedimento licitatório flexível, sem modalidades pré-definidas. Assim, como não há outras modalidades de licitação a serem consideradas, a indicação preferencial da modalidade pregão é inadequada.

Para Joel de Menezes Niebuhr, referida norma é desnecessária uma vez que

[...] o procedimento de licitação previsto na Lei.13.303/2016 poderia ser considerado como uma modalidade própria, tal qual no Regime Diferenciado de Contratações – RDC. Contudo, em face do dispositivo, será necessário conciliar as novidades da Lei.13.303/2016 com a sistemática da Lei. 10.520/2002, o que deve gerar dificuldades. A questão, em síntese, é a seguinte: em caso de aquisição de bens ou serviços comuns promovida por estatal, havendo contradição entre a Lei.13.303/2016 e a Lei. 10.520/2002, qual deve prevalecer? A Lei n.13.303/2016 não oferece resposta.

Em caso de divergência entre referidos diplomas legais, prevalecerá o disposto na Lei n. 13.303/2016 em detrimento da Lei n. 10.520/02“com base no critério de solução de antinomias alusivo à especialidade”.

“Quando da adoção do pregão para licitar bens e serviços comuns, serão utilizados apenas os dispositivos da lei que versem sobre modalidade, vale dizer, rito ou procedimento. Não se aplica, à guisa de exemplo, nas contratações e licitações das estatais o regime de sanções previsto no artigo 7º da Lei do Pregão, vez que a Lei n.13.303/16 conta com regime jurídico sancionatório próprio”.¹

O Plenário do TCU determinou a uma empresa estatal que já deveria observar o dever de adotar preferencialmente o pregão como modalidade

1. GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch, op. cit., p. 103-104.

de contratação, tal como estabelece o art. 32, IV, da Lei das Estatais, apesar do período de adaptação de 24 meses contados a partir da vigência, previsto no art. 91, da mesma Lei n. 13.303/2016. Neste caso o TCU validou a aplicação imediata dessa nova Lei.²

2.5 POLÍTICA DE INTEGRIDADE - ART. 32, INCISO V

Art. 32. [...]

V- observação da política de integridade nas transações com partes interessadas.

Programa de integridade, nos termos do disposto no artigo 41 do Decreto n. 8.420/15,³ consiste, “no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com o objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira.

O artigo 9º, §1º da LRE preceitua que deverá ser elaborado e divulgado Código de Conduta e Integridade que disponha sobre: I - princípios, valores e missão da empresa pública e da sociedade de economia mista, bem como orientações sobre a prevenção de conflitos de interesse e vedação de atos de corrupção e fraude; II - instâncias internas responsáveis pela atualização e aplicação do Código de Conduta e Integridade; III - canal de denúncias que possibilite o recebimento de denúncias internas e externas relativas ao descumprimento do Código de Conduta e Integridade e das demais normas internas de ética e obrigacionais; IV - mecanismos de proteção que impeçam qualquer espécie de retaliação a pessoa que utilize o canal de denúncias. Com base nessas diretrizes legais, cada empresa pública e sociedade de economia mista instituirá sua política de integridade e a fará valer quando das suas relações comerciais e empresariais.

A Lei das Empresas Estatais tentou para a observância de padrões éticos e, entre as diretrizes do processo licitatório, inseriu a noção de integridade (compliance).

2. TCU, Acórdão n. 2.853/2016, Plenário, rel. Raimundo Carneiro, sessão de 09/11/2016.

3. Regulamenta a Lei n.12.846/2013, que dispõe sobre a responsabilidade administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública nacional ou estrangeira e dá outras providências).

2.6 DISPOSIÇÃO FINAL AMBIENTALMENTE ADEQUADA DE RESÍDUOS SÓLIDOS - ART. 32, §1º INCISO I

Art. 32. [...]

§1º As licitações e os contratos disciplinados por esta Lei devem respeitar, especialmente, as normas relativas à:

I- disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas;

O art. 32, § 1º, da Lei n. 13.303/2016, em seus vários incisos, elenca várias hipóteses de interferência de questões ambientais sobre as licitações e contratações das estatais. Embora a realização dos diversos objetivos ambientais aí previstos possa importar em elevação de custos para o contratante, ao final, poderá redundar em uma redução de custos na medida em que se diminuem os gastos públicos com os efeitos negativos da inobservância das variantes ambientais.⁴

A Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos – Lei n. 12.305/2010 serve de parâmetro legislativo para as estatais: (i) quando da feitura do instrumento convocatório, com vistas a assegurar que os licitantes e contratados cumpram as regras concernentes à destinação e à disposição final adequada de resíduos sólidos; e (ii) quando da fiscalização da execução contratual, para garantir efetividade às normas e encargos contratualmente fixados.

No inciso I, menção à “disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados”, tem como referência o disposto no art. 3º, VIII e VII da Lei n. 12.305/10. O primeiro define disposição final ambientalmente adequada como “distribuição ordenada de rejeitos em aterros, observando normas operacionais específicas de modo a evitar danos ou riscos à saúde pública e à segurança e a minimizar os impactos ambientais adversos”. E o inciso VII, do mesmo artigo, reporta-se à destinação final ambientalmente adequada como sendo 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 disposição 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.

4. PEREIRA, Cesar A. Guimarães, op. cit., p.343.

No que concerne à gestão e gerenciamento de resíduos sólidos, de acordo com o artigo 9º da Lei n. 12.305/2010, “deve ser observada a seguinte ordem de prioridade: não geração, redução, reutilização, reciclagem, tratamento dos resíduos sólidos e disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos”.

2.7 MITIGAÇÃO DOS DANOS AMBIENTAIS - ART. 32, §1º, INCISO II

Art. 32. [...]

§1º [...]

II- mitigação dos danos ambientais por meio de medidas condicionantes e de compensação ambiental, que serão definidas no procedimento de licenciamento ambiental;

A adoção de medidas condicionantes e de compensação ambiental é imposição da legislação ambiental que rege a exploração de atividades econômicas potencialmente lesivas ao meio ambiente e não apenas da Lei da Responsabilidade das Estatais.

De acordo com a Resolução CONAMA (Conselho Nacional do Meio Ambiente) n. 237/1997, licenciamento ambiental é o

procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso(art. 1º, I).

E, nos termos do art. 8º da mesma Resolução, o Poder Público, no exercício de sua competência de controle, expedirá as seguintes licenças: Licença Prévia (LP), Licença de Instalação (LI), *Licença de Operação* (LO).

A obtenção da licença prévia, quando necessária, atesta a viabilidade ambiental do empreendimento. A estatal deve obtê-la antes mesmo de dar publicidade ao instrumento convocatório, de forma a se evitar prejuízos ao erário ante a realização de contratação de obras que podem vir a ter a sua viabilidade não atestada pelo órgão ambiental competente, assim como pela elaboração de projetos que não contemplem a totalidade das medidas mitigadoras, compensatórias e/ou corretivas, a serem determinadas pelo órgão ambiental, ensejando a revisão de estudos, falhas na elaboração

do orçamento total do empreendimento, ou mesmo a realização de termos aditivos, quando as obras foram contratadas sem que os aspectos socioambientais tenham sido tratados de forma adequada.⁵

Mister se faz identificar as repercussões ambientais negativas que a execução contratual produzirá e assumir medidas para minimizá-las ou excluí-las, ou contrabalancear o impacto negativo pela adoção de procedimentos que impactem positivamente o meio ambiente.⁶

2.8 REDUÇÃO DO CONSUMO DE ENERGIA E DE RECURSOS NATURAIS - ART. 32, §1º INCISO III

Art. 32. [...]

§1º [...]

III- utilização de produtos, equipamentos e serviços que, comprovadamente, reduzam o consumo de energia e de recursos naturais;

As chamadas licitações sustentáveis constituem relevante instrumento a ser implementado pelas entidades públicas para induzir o setor produtivo a adotar processos de produção ambientalmente mais sustentáveis, utilizando seu significativo poder de compra.⁷

A realização desse tipo de licitação encontrarão só amparo constitucional, (arts. 170, inciso VI, e 225 CF/1988), como também em Acordos Internacionais (Agenda 21) e Leis Ordinárias (Política Nacional de Mudança do Clima-Lei n. 12.187/2009, Política Nacional de Resíduos Sólidos - Lei n. 12.305/2010),⁸ cabendo assinalar que a própria Lei n. 8.666/1993, com a alteração promovida pela Lei n. 12.349/2010, fez constar explicitamente do seu art. 3º, que um dos objetivos da licitação é a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Com a edição do Decreto n. 7.746/2012, que regulamentou o art. 3º da Lei n. 8.666/1993, houve avanços no âmbito da administração federal com o estabelecimento de critérios, práticas e diretrizes para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações, e com a instituição da Comissão Interministerial de Sustentabilidade na

5. TCU, Acórdão 2282/2011, Plenário, rel. André de Carvalho, sessão de 24/08/2011.

6. GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch, op. cit., p.106.

7. TCU, Acórdão 6047/2015 - Segunda Câmara, rel. Raimundo Carneiro, sessão de 25/08/2015.

8. Dentre os objetivos assinalados na Lei n. 12.305/2010 destaca-se a prioridade nas aquisições e contratações governamentais para produtos reciclados e recicláveis e para serviços e obras que considerem critérios compatíveis com padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis (art. 7º, XI).

Administração Pública -CISAP. Em seu art. 4º, inciso VII, fixa como uma diretriz “origem sustentável dos recursos naturais utilizados nos bens, nos serviços e nas obras”(Redação dada pelo Decreto nº 9.178, de 2017).

Por sua vez, a Instrução Normativa SLTI/MP n. 10/2012, que dispõe sobre os critérios de sustentabilidade ambiental na aquisição de bens, contratação de serviços ou obras pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, estabeleceu regras para elaboração dos planos de gestão de logística sustentável nos órgãos da administração federal direta, autárquica, fundacional e nas empresas estatais dependentes.⁹ Referidas normas impõem para os gestores públicos a obrigação de considerar variáveis de sustentabilidade em todas as etapas da contratação ditas sustentáveis.

O Tribunal de Contas da União, por sua vez, tem deliberado no sentido de recomendar a adoção, por parte de todos os órgãos e entidades da Administração Pública Federal, de

medidas para o aumento da sustentabilidade e eficiência no uso de recursos naturais, em especial energia elétrica, água e papel, considerando a adesão do País aos acordos internacionais: Agenda 21, Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima e Processo Marrakech, bem como o disposto na Lei n. 12.187, de 29 de dezembro de 2009, na Lei n. 9.433, de 8 de janeiro de 1997, na Lei n. 10.295, de 17 de outubro de 2001, no Decreto n. 5.940, de 25 de outubro de 2006, e na Instrução Normativa SLTI/MP n. 1, de 19 de janeiro de 2010”. *Recomenda, outrossim “ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que incentive os órgãos e instituições públicas federais a implantarem programas institucionais voltados ao uso racional de recursos naturais, inclusive prevendo designação formal de responsáveis e a realização de campanhas de conscientização dos usuários.*¹⁰

As estatais, em suas contratações, por produtos, equipamentos e serviços que reduzam o consumo de energia e recursos naturais, ainda que com reflexos na economicidade¹¹.

9. TCU Acórdão 329/2015 –Plenário, rel. Vital do Rêgo, sessão 4/3/2015.

10. TCU, Acórdão 1752/2011-Plenário, rel. Min. substituto André Luís de Carvalho, sessão 29/06/2011.

11. GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch, op. cit., p.108.

2.9 AVALIAÇÃO DE IMPACTOS DE VIZINHANÇA - ART. 32, §LE, INCISO IV

Art. 32. [...]

§1º [...]

IV- avaliação de impactos de vizinhança, na forma da legislação urbanística;

O Estudo de Impacto de Vizinhança – EIV é um dos instrumentos de política urbana do Estatuto das Cidades – Lei n. 10.257/2001 - que visa avaliar a pertinência da implantação do empreendimento no local indicado, considerando o meio no qual está inserido. Em seu art. 4º, inciso VI prevê como instrumentos a serem utilizados na ordenação do desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, o estudo prévio de impacto ambiental (EIA) e estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV). De forma específica, normatiza a questão do impacto de vizinhança em seus artigos 36 a 38, dispondo que o Estudo de Impacto de Vizinhança deve ser realizado, nos termos da legislação do município envolvido, para a obtenção das licenças a cargo do Poder Público Municipal (art. 36) e apresenta rol não exaustivo de questões que devem ser consideradas na elaboração desse estudo (art. 37).

A Lei n. 12.462/2011, por sua vez, prevê a avaliação de impactos de vizinhança, na forma da legislação urbanística, nas licitações e contratos por ela regulados (art. 4º, § 1º, IV).

A Lei 13.303 veio somar aos dispositivos legais já existentes sua atenção com o impacto que eventuais contratações poderão vir a causar na vizinhança do empreendimento. Assim, quando do planejamento da contratação, os possíveis impactos sociais, econômicos e ambientais que possam incidir sobre a vizinhança devem ser cuidadosamente levantados, analisados e sopesados; os impactos positivos e negativos da contratação devem ser detectados servindo de subsídio na elaboração de plano de medidas mitigadoras ou compensatórias a serem aplicadas nas possíveis áreas afetadas. Tais medidas “podem ser adotadas diretamente pela estatal ou podem integrar o rol de encargos do futuro contratado”.¹²

2.10 PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL, HISTÓRICO, ARQUEOLÓGICO E IMATERIAL - ART. 32, §1º, INCISO V

Art. 32. [...]

12. GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch, op. cit., p.109.

§1º [...]

V- proteção do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial, inclusive por meio da avaliação do impacto direto ou indireto causado por investimentos realizados por empresas públicas e sociedades de economia mista;

Tal qual no Regime Diferenciado de Contratações – RDC.(Lei n. 12.462/2011) que, em seu art. 4º, § 1º V, determina que as contratações realizadas com base no RDC devem respeitar normas relativas à proteção do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial, inclusive por meio da avaliação do impacto direto ou indireto causado pelas obras contratadas, a LRE traz em seu bojo a preocupação com a preservação do patrimônio não econômico.

A norma encontra respaldo nos valores jurídicos protegidos na Constituição Federal de 1988.¹³ A expressão patrimônio foi ampliada no que tange à sua aceção original para abranger outras manifestações não relacionadas direta e necessariamente com valores econômicos indicando objetos relevantes sob outros ângulos. “O patrimônio histórico é composto pelos bens gerados por ou referidos a eventos históricos relevantes. O patrimônio cultural compreende aqueles bens gerados ou produzidos como decorrência da concretização de valores pelos seres humanos. O patrimônio arqueológico indica o conjunto de locais e objetos que contêm evidências do passado mais remoto. A expressão patrimônio ‘imaterial’ destina-se a abranger todas as outras manifestações pertinentes à formação e à manutenção da identidade nacional”.¹⁴

Para dar cumprimento às determinações legais, cabe à estatal efetuar ampla pesquisa para apurar os impactos e possíveis prejuízos que o empreendimento poderá gerar ao patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial e adotar, quando cabíveis, medidas mitigadoras ou compensatórias.

2.11 ACESSIBILIDADE PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA - ART. 32, §1º, INCISO VI

Art. 32. [...]

13. O art. 216 define o que constitui patrimônio cultural brasileiro, no qual se incluem os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico e arqueológico (inciso V), estabelece que a proteção do patrimônio cultural brasileiro será promovida pelo poder público, com a colaboração da comunidade, por meio de inventários, tombamentos, registros, dentre outras formas de acatamento e preservação (art. 216, § 1º) e prevê que os danos e as ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei (art. 216, § 4º).

14. JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários ao RDC. São Paulo: Dialética, 2013. p. 95.

§1º[...]

VI- acessibilidade para pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.

A proteção dos direitos fundamentais gera o dever de adotar medidas compatíveis com o deslocamento físico de pessoas com limitações de mobilidade.

O art.227,§ 2º, da Constituição Federal de 1988 estatui que § 2º “A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência”. O tema foi disciplinado pela Lei n. 10.098/2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, regulamentada pelo Decreto n. 5.296/2004,¹⁵ e a Lei n.13.146/2015, que institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

Acessibilidade é definida como “possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, bem como de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida”.¹⁶ O conceito de pessoa com deficiência e de mobilidade reduzida vêm expressos na Lei n. 13.146/2015, art. 2º¹⁷ e 3º IX,¹⁸ respectivamente.

Esse arcabouço normativo é de aplicação obrigatória nos empreendimentos das estatais. Dentre as normas preconizadas na Lei n. 10.098/2010 destacam-se as determinações relativas à observância da acessibilidade às pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade

15. Reza seu art. 14: “Na promoção da acessibilidade, serão observadas as regras gerais previstas neste Decreto, complementadas pelas normas técnicas de acessibilidade da ABNT e pelas disposições contidas na legislação dos Estados, Municípios e do Distrito Federal”.

16. Tal definição, está disposta nos seguintes artigos/incisos: Lei n. 10.098/2010, art. 2º, I; Lei 13.146/2015, art. 3º, I, NBR 9050, item 3.11. O Decreto 5.296/2004 apresenta definição semelhante em seu art. 8º, I

17. Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

18. Art. 3º IX - pessoa com mobilidade reduzida: aquela que tenha, por qualquer motivo, dificuldade de movimentação, permanente ou temporária, gerando redução efetiva da mobilidade, da flexibilidade, da coordenação motora ou da percepção, incluindo idoso, gestante, lactante, pessoa com criança de colo e obeso.

reduzida nas construções, ampliações ou reformas de edifícios públicos ou privados destinados ao uso coletivo (art. 11 e incisos), nos locais de espetáculos, conferências, aulas e outros de natureza similar (art. 12) e centros comerciais e os estabelecimentos congêneres (art. 12-A), edifícios de uso privado (art. 13, 14), cabendo “ao órgão federal responsável pela coordenação da política habitacional regulamentar a reserva de um percentual mínimo do total das habitações, conforme a característica da população local, para o atendimento da demanda de pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida” (art. 15).

A Lei n. 13.146/2015 prevê expressamente que a concepção e a implantação de projetos que tratem do meio físico e de outros serviços, equipamentos e instalações abertos ao público, de uso público ou privado de uso coletivo devem atender aos princípios do desenho universal, tendo como referência as normas de acessibilidade (art. 55). Prevê, ainda, que a construção de edificações abertas ao público, de uso público ou privadas de uso coletivo deverão ser executadas de modo a serem acessíveis (art.56) .

2.12 IMPACTO NEGATIVO SOBRE BENS DO PATRIMÔNIO CULTURAL, HISTÓRICO, ARQUEOLÓGICO E IMATERIAL TOMBADOS - ART. 32, §2º

Art. 32. [...]

§2º A contratação a ser celebrada por empresa pública ou sociedade de economia mista da qual decorra impacto negativo sobre bens do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial tombados dependerá de autorização da esfera de governo encarregada da proteção do respectivo patrimônio, devendo o impacto ser compensado por meio de medidas determinadas pelo dirigente máximo da empresa pública ou sociedade de economia mista, na forma da legislação aplicável.

A proteção ao patrimônio da Nação é de competência comum de todos os entes da Federação(art.23, inciso III).E o artigo 24, inciso VII, conferiu à União, aos Estados e ao Distrito Federal competência concorrente para legislar sobre proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico, o que significa que a União limitar-se-á a estabelecer normas gerais, exercendo os Estados a competência suplementar, na forma dos §§ 1º a 4º do artigo 24.

Aos Municípios foi dada a atribuição de “promover a proteção de patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual” (art. 30, inciso IX). Vale dizer que eles

não têm competência legislativa nessa matéria, mas devem utilizar os instrumentos de proteção previstos na legislação federal e estadual.

O tombamento, como forma de preservação do patrimônio público, está previsto na CF, em seu art. 216, cujo § 1º dispõe: “O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento, desapropriação e de outras formas de acautelamento e preservação”.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro define tombamento como “o procedimento administrativo pelo qual o Poder Público sujeita a restrições parciais os bens de qualquer natureza cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da história ou por seu excepcional valor arqueológico ou etnológico, bibliográfico ou artístico”.¹⁹

Nos termos do art. 17 do Decreto-Lei n. 25/1937, as coisas tombadas “não poderão, em caso nenhum ser destruídas, demolidas ou mutiladas, nem, sem prévia autorização especial do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ser reparadas, pintadas ou restauradas, sob pena de multa de cinquenta por cento do dano causado”.²⁰ Assim, o Poder Público está vinculado a não autorizar atividades que conduzam à destruição, demolição e ou à mutação do bem. O texto da lei federal diz “em caso nenhum”.

Toda vez que for adotada alguma solução que provocar efeitos negativos sobre o patrimônio em exame deverão ser estabelecidas medidas compensatórias, assegurada a proporcionalidade entre a dimensão das referidas medidas e os efeitos negativos acarretados ao patrimônio.

Registre-se ainda que é crime tipificado no artigo 165 do Código Penal Brasileiro destruir, inutilizar ou deteriorar coisa tombada pela autoridade competente em virtude de valor artístico, arqueológico ou histórico, sob pena de detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

2.13 UTILIZAÇÃO DE PORTAIS DE COMPRAS NA INTERNET - ART. 32, §3º

Art. 32. [...]

§3º As licitações na modalidade de pregão, na forma eletrônica, deverão ser realizadas exclusivamente em portais de compras de acesso pública na internet.

19. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, op. cit., p. 173.

20. Decreto-Lei n. 25/37, art. 17. Embora o decreto verse sobre tombamento promovido pela União, as restrições ao uso, fruição e disposição nele previstas são comuns ao tombamento produzido pelas demais entidades da federação.

O portal de compras²¹ e o pregão são inovações que vieram modernizar e simplificar os procedimentos relativos à aquisição de bens e serviços

O Pregão está previsto na Lei n. 10.520/02 e possui duas espécies: a eletrônica e a presencial. A forma eletrônica do pregão está regulamentada pelo Decreto n. 5.450/2005 e tem por base o uso de tecnologia de informação, utilizando a internet para atingir sua finalidade.

A opção administrativa pelo pregão em sua forma eletrônica proporciona maior participação, celeridade, economicidade e transparência ao processo de compras pelos órgãos públicos.

A Lei n. 10.520/2002, nos incisos do seu art. 2º, autoriza a utilização do pregão nos termos da regulamentação específica (§1º), dispõe que será facultada aos entes federados a participação de bolsas de mercadorias no apoio técnico e operacional aos órgãos e entidades que promoverem o pregão, utilizando os recursos da tecnologia da informação (§2º), salientando que essas bolsas devem estar organizadas sob a forma de sociedades civis sem fins lucrativos e com a participação plural de corretoras que operem sistemas eletrônicos unificados de pregões (§3º). Via de consequência, órgãos e entidades da Administração Pública contrataram a veiculação de pregão eletrônico com bolsas de mercadorias, remunerando-as pelos serviços prestados.

No que tange a essa faculdade, é importante ressaltar que esse dispositivo não significa que a Administração possa transferir para as bolsas de mercadorias a sua competência para a aquisição de itens pelo pregão; ao contrário, essas bolsas terão como função apenas colaborar para os atos dessa nova modalidade, ficando toda a parte decisória para a autoridade administrativa, com a ressalva de que tal operação necessitará de uma regulamentação específica.²²

O objetivo da norma é a utilização dos meios públicos de veiculação de pregão eletrônico, como os ofertados pelo COMPRASNET e pelo Banco do Brasil.

21. Portal de Compras Eletrônicas é um portal de comércio eletrônico disponibilizado na Internet para que a Administração Pública realize as compras e contratações de bens e serviços por meio eletrônico e em ambiente totalmente seguro e com total transparência a sociedade.

22. ZANOTELLO, Simone. Pregão (3ª parte). Disponível em: <<http://licitacao.com.br/apoio-juridico/artigos/85-pregao-3-artigo.html>>. Acesso em: 28 jun. 2017.

2.14 FERRAMENTAS ELETRÔNICAS PARA ENVIO DE LANCES - ART. 32, §4º

Art. 32. [...]

§4º Nas licitações com etapa de lances, a empresa pública ou sociedade de economia mista disponibilizará ferramentas eletrônicas para envio de lances pelos licitantes.

O dispositivo torna obrigatória a utilização de ferramentas eletrônicas quando houver etapa de lances. Com isso, como anota César Guimarães, “toda licitação com modo de disputa aberto” (mesmo que a licitação se desenvolva por procedimento diverso do pregão) “implicará a existência de ferramentas eletrônicas, ainda que nem todo o procedimento se desenvolva eletronicamente”.²³

Destacam Edgar Guimarães e José Anacleto Abduch Santos a falta de clareza da norma e a aparente dificuldade de aplicação capaz de levar ao entendimento de que uma mesma licitação podeter uma fase presencial e uma eletrônica. Para esses Autores “uma licitação deverá ser veiculada por meio eletrônico ou presencial. Uma interpretação razoável é no sentido de que as estatais darão preferência para meios e ferramentas eletrônicas para licitar”.²⁴

3 DA DEFINIÇÃO DO OBJETO DA LICITAÇÃO - ART. 33

Art. 33. O objeto da licitação e do contrato dela decorrente será definido de forma sucinta e clara no instrumento convocatório.

A redação do art. 33 da Lei n. 13.303 segue o preconizado na Lei n. 8.666, art. 40, I, que determina que o edital indique obrigatoriamente o objeto da licitação, em descrição sucinta e clara. Também a Lei n. 12.462/2011 determina que o objeto da licitação deverá ser definido de forma clara e precisa no instrumento convocatório, vedadas especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias (art. 5º).

Marçal Justen Filho define a expressão objeto da licitação “como o bem ou a utilidade que a Administração busca adquirir ou alienar. É o objeto sobre o qual versará o contrato que a Administração pretende firmar”.²⁵ Definir o objeto significa indicar as particularidades técnicas e de

23. PEREIRA, César A. Guimarães, op. cit.; p.342.

24. GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch, op. cit., p.114.

25. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 17 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 811.

qualidade que o identificam e o diferenciam dos demais. Ao definir o objeto da licitação, estabelece-se uma delimitação geral do objeto do contrato.

De acordo com o dispositivo em comento, o objeto deverá ser definido de forma sucinta, de modo a “evitar que a complexidade da descrição dificulte a compreensão de eventuais interessados. Essa descrição deverá permitir imediata apreensão do âmbito da licitação. Nesse campo, a atenção dos eventuais interessados poderia ser prejudicada tanto pela excessiva prolixidade quanto pela omissão dos tópicos essenciais. Por isso, “sucinta” não significa “omissa”. Se o objeto da licitação for complexo, a descrição, embora sucinta, deverá ser mais extensa”.²⁶

Quanto à clareza, é necessária a fim de não deixar nenhuma margem a dúvidas que possam vir a impedir a plena compreensão da regra do instrumento convocatório e a correta elaboração da proposta. Por esse motivo é que o edital, ao definir o objeto da licitação, não pode valer-se de conceitos jurídicos indeterminados, nem tampouco remeter a futuras complementações, sob pena de ser considerado nulo o certame.

Portanto, definir o objeto da licitação de forma clara, sucinta e precisa é algo que se impõe por determinação legal, vedadas apenas especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias. Igualmente não se pode admitir definição insuficiente do objeto, com ausência de especificações necessárias para a obtenção de propostas razoavelmente homogêneas.

Nessa linha, a jurisprudência da Corte de Contas, expressa na Súmula TCU 177, é de que “a definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento das condições básicas da licitação” pelos concorrentes potenciais. Acresce que “a imprecisão na descrição do objeto caracteriza grave irregularidade, por ser contrária aos princípios constitucionais da isonomia e publicidade e às disposições legais vigentes”.²⁷

4 ORÇAMENTO SIGILOSO - ART. 34, §§1º, 2º E 3º

Art. 34. O valor estimado do contrato a ser celebrado pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista será sigiloso, facultando-se à contratante, mediante justificção na fase de preparação prevista no inciso I do art. 51 desta Lei, conferir publicidade ao valor estimado do objeto da

26. Ibidem, p.812.

27. TCU, ACÓRDÃO 3880/2017 - Primeira Câmara, rel. Augusto Sherman, sessão 30-05-2017.

licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.

§1º Na hipótese em que for adotado o critério de julgamento por maior desconto, a informação de que trata o caput deste artigo constará do instrumento convocatório.

§2º No caso de julgamento por melhor técnica, o valor do prêmio ou da remuneração será incluído no instrumento convocatório.

§3º A informação relativa ao valor estimado do objeto da licitação, ainda que tenha caráter sigiloso, será disponibilizada a órgãos de controle externo e interno, devendo a empresa pública ou a sociedade de economia mista registrar em documento formal sua disponibilização aos órgãos de controle, sempre que solicitado.

Por meio do art. 34 da Lein. 13.303/2016, à semelhança do regime contido na Lein.12.462 (RDC), fica estabelecido como regra o sigilo do valor estimado do contrato a ser celebrado por empresas públicas ou sociedades de economia mista, facultando-se às estatais, mediante justificativa, dar publicidade ao valor estimado do objeto da licitação na fase de preparação do procedimento licitatório. Na ausência de tal justificativa a previsão do sigilo deve ser observada.

Ao final do caput, o artigo prevê a possibilidade de conferir publicidade ao valor estimado do objeto da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas. Assim, quando da contratação de obras e serviços cujos custos unitários, ainda que parcialmente, constam dos sistemas oficiais de referência, o sigilo restará mitigado.

Os parágrafos deste dispositivo legal, contemplam disposições sobre a dispensa da adoção do sigilo quando utilizados os critérios de julgamento por maior desconto e melhor técnica (§§ 1º e 2º), e determinam que essa informação, ainda que sigilosa, deve ser disponibilizada aos órgãos de controle externo e interno, sempre que solicitado (§ 3º).

Diferentemente da Lei n.12.462/2011, que prevê em seu art. 6º que o orçamento será tornado público imediatamente após o encerramento da licitação, o art. 34 da Lei n.13.303, ressalvada a autorização de quebra de sigilo, não se refere a um termo final para o sigilo do orçamento, o que lhe confere um status permanente.

Observa César Guimarães Pereira que “a compreensão adequada do momento de eventual encerramento do sigilo é relevante precisamente por

causa da fase de negociação com o primeiro colocado, a despeito do veto ao § 2º do art. 57”.²⁸

Marçal Justen Filho, referindo -se ao RDC, advoga o término do sigilo quando do encerramento da fase de disputa (aberta, fechada ou combinada), pois, “exaurida a disputa no curso de uma licitação, deixa de haver utilidade na manutenção dosigilo.”²⁹

Com base nos arts. 34 e 51, I, da Lei n. 13.303 e nos objetivos da fase de negociação, o sigilo do orçamento, quando previsto, deve ser encerrado quando estiver concluída a fase de disputa da licitação,³⁰ quando, então, de acodo com previsão constante do edital, o orçamento será aberto e facultado “ao licitante vencedor que participe da fase de negociação tendo conhecimento do orçamento e, portanto, das condições mínimas aceitáveis de classificação da proposta. Também deve ser assegurado que, ao interpor eventuais recursos, os licitantes já tenham acesso ao orçamento e possam exercer eficazmente o seu direito à ampla defesa”.³¹

5 APLICAÇÃO DA LEI DA TRANSPARÊNCIA - ART. 35

Art. 35. Observado o disposto no art. 34, o conteúdo da proposta, quando adotado o modo de disputa fechado e até sua abertura, os atos e os procedimentos praticados em decorrência desta Lei submetem-se à legislação que regula o acesso dos cidadãos às informações detidas pela administração pública, particularmente aos termos da Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011.

O art. 35 garante o sigilo do conteúdo da proposta apenas “quando adotado o modo de disputa fechado e até sua abertura” e determina que “os atos e os procedimentos praticados em decorrência desta Lei submetem-se à legislação que regula o acesso dos cidadãos às informações detidas pela administração pública, particularmente aos termos da Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011” (Lei de Acesso à Informação).

A Lei de Acesso à Informação, sendo uma lei federal, possui hierarquia idêntica à das leis de licitação. A exigência de sigilo do orçamento consta de leis federais posteriores à própria Lei de Acesso à Informação e, dessa forma, deve ser aplicada a exigência do sigilo do orçamento.

28. PEREIRA, César A. Guimarães, op. cit., p.345.

29. JUSTEN FILHO, Marçal op. cit., p. 122.

30. Originalmente, o § 2º do art. 57, ora vetado, previa que “durante a fase de negociação, o orçamento, se sigiloso, poderá ser aberto, desde que em sessão pública.”

31. PEREIRA, César A. Guimarães, op. cit., p.349-350.

Pontifica Alexandre Santos de Aragão que as críticas de falta de transparência “não procedem. Primeiramente, pelo acesso que os órgãos de controle mantêm a ele, e porque, de toda sorte, depois da licitação, é divulgado. O mais relevante, contudo, para se sustentar a legitimidade do sigilo do orçamento é o incentivo à competitividade que propiciam, já que, caso já seja de conhecimento prévio, os licitantes tenderiam a mover o seu preço sempre para o entorno do estimado pela Administração”.³²

A Lei n. 12.527/2011 (Lei da Transparência) regulamenta o direito constitucional de acesso às informações públicas. O seu art. 6º, III, assegura a “proteção da informação sigilosa” e o seu art. 7º, VI, explicita que o acesso à informação compreende, entre outros, os direitos de obter informação pertinente à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação, contratos administrativos.

Compatibilizando-se os dois artigos da Lei n. 12.527/2011 com o contido na Lei das Estatais verifica-se que há um dever de tornar públicos e acessíveis ao público todos os atos e decisões relativos a licitações e contratos das estatais, excetuado o orçamento sigiloso, e o conteúdo das propostas até o momento de sua abertura.

Note-se que apenas os atos e condutas que já estiverem prontos para serem externados e que podem ser divulgados, não sendo direito subjetivo dos licitantes ter acesso a informações acerca de atos preparatórios internos da Administração Pública.³³

6 PRÉ-QUALIFICAÇÃO DE FORNECEDORES OU PRODUTOS – ART. 36

Art. 36. A empresa pública e a sociedade de economia mista poderão promover a pré-qualificação de seus fornecedores ou produtos, nos termos do art. 64.

O art. 36 da Lei n. 13.303 prevê a possibilidade de a empresa estatal “promover a pré-qualificação de seus fornecedores ou produtos”, cujo procedimento consta do artigo 64.

A Lei faculta a adoção da pré-qualificação (“poderão promover”), o que redundará na não obrigatoriedade de sua adoção por todas as empresas estatais.

José Calasans Junior considera que seria mais efetiva a disciplina, se estabelecesse a necessidade “do prévio cadastramento e da classificação de

32. ARAGÃO Alexandre Santos de. *Empresas estatais*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 233.

33. GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch, op. cit., p.117.

todos quantos interessados em contratar com as estatais, como condição para participar das licitações por elas promovidas. A adoção dessa medida traria, dentre outras vantagens: (i) a celeridade no procedimento licitatório, porque dispensaria a apresentação, em cada caso, de documentos já existentes no cadastro; (ii) afastaria a participação de “aventureiros”, não previamente cadastrados e classificados na especialidade do objeto licitado; (iii) propiciaria à entidade estatal segurança quanto ao êxito da contratação, pela certeza de que qualquer que fosse o vencedor do certame teria condições efetivas de bem realizar a obra, serviço ou fornecimento pretendidos”.³⁴

7 CADASTRO NACIONAL DE EMPRESAS INIDÔNEAS E SUSPENSAS - CEIS - ART. 37, §§1º E 2º

Art. 37. A empresa pública e a sociedade de economia mista deverão informar os dados relativos às sanções por elas aplicadas aos contratados, nos termos definidos no art. 83, de forma a manter atualizado o cadastro de empresas inidôneas de que trata o art. 23 da Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013.

§1º O fornecedor incluído no cadastro referido no caput não poderá disputar licitação ou participar, direta ou indiretamente, da execução de contrato.

§2º Serão excluídos do cadastro referido no caput, a qualquer tempo, fornecedores que demonstrarem a superação dos motivos que deram causa à restrição contra eles promovida.

O dispositivo trata do dever da empresa estatal de manter atualizado o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas referido no art. 23 da Lei n. 12.846/2016,³⁵ determinando a inclusão das empresas às quais foram aplicadas sanções administrativas impeditivas de licitar ou contratar com a Administração sejam aí incluídas.

O Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas, instituído pela Portaria n. 516/2010 do Ministério de Estado do Controle e da Transparência, é um banco de dados que contém informações sobre sanções administrativas aplicadas a pessoas jurídicas ou pessoas físicas que

34. As omissões e retrocessos da lei de licitações das estatais. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

35. Art. 23. Os órgãos ou entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo deverão informar e manter atualizados, para fins de publicidade, no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas - CEIS, de caráter público, instituído no âmbito do Poder Executivo federal, os dados relativos às sanções por eles aplicadas, nos termos do disposto nos arts. 87 e 88 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993.

tem como efeito a restrição do direito de participar de licitações ou de celebrar contratos com a Administração Pública.

A Lei n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) trouxe a obrigatoriedade de os entes públicos, de todos os Poderes e esferas de Governo, manterem referido cadastro informado e atualizado (art.23). Para atender a esta exigência, a CGU desenvolveu o Sistema Integrado de Registro do CEIS/CNEP, que é alimentado diretamente pelos órgãos e entidades do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios brasileiros. O CNEP – Cadastro Nacional de Empresas Punidas –, por sua vez, lista as empresas apenas com base na Lei n. 12.846/2013.

Desse modo, o sistema de Registro do CEIS/CNEP compreende a listagem que abarca as seguintes sanções:

- Suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a administração pública (art. 87, inc. III, da Lei de Licitações);
- Declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a administração pública (Lei n. 8.666/93, art. 87, inc. IV);
- Declaração de inidoneidade aplicada pelo TCU (Lei n. 8.443/92, art. 46);
- Impedimento de licitar e contratar com União, Estados, Distrito Federal ou Municípios (art. 7º da Lei do pregão);
- Impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios (art. 47 da “Lei Anticorrupção”);
- Suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a administração pública (Lei do RDC, inc. IV do art. 33);
- Declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a administração pública (Lei de Acesso à Informação, inc. V do art. 33);
- Sanções impostas pela “lei anticorrupção”; e
- Descumprimento de acordos de leniência celebrados de acordo com a Lei n. 12.846/13.

Observe-se que a exigência de inserção de informações sobre sanções aplicadas a licitantes e contratados em cadastro próprio (CEIS) é anterior à edição da Lei n. 13.303/2016. Observam Edgar Guimarães e José Anacleto Abduch Santos que. “de qualquer sorte, há um duplo comando a ser extraído da norma legal: (i) alimentar com informações o CEIS e (ii) consultar o cadastro quando da licitação, de modo a impedir que empresas ou profissionais que estejam cumprindo sanção administrativa que os

impeça participem de disputas licitatórias ou sejam contratados diretamente pelas estatais”.³⁶

O art. 37 da Lei n. 13.303 estabelece ainda que “o fornecedor incluído no cadastro [...] não poderá disputar licitação ou participar, direta ou indiretamente, da execução do contrato” (art. 37, § 1º). Este comando não versa sobre punição, mas, sim, sobre restrição, tendo caráter preventivo.

Seu § 2º dispõe que “serão excluídos do cadastro referido no caput, a qualquer tempo, fornecedores que demonstrarem a superação dos motivos que deram causa à restrição contra eles próprios promovida”. Ou seja, prevê a superação dos motivos justificadores da restrição a elas imposta. Não há exigência de uma admissão de responsabilidades, indenização pelos prejuízos causados, mas apenas a mencionada “superação dos motivos” que os levaram a atuarem desconformidade com as normas estabelecidas.

O art. 83, caput e inciso III, da Lei n. 13.303, estabelece a abrangência da medida suspensória (apenas empresa estatal sancionadora) e o seu prazo máximo (dois anos). Dessa forma, da conjugação do art. 37, § 2º com o art. 83, III, da Lei n. 13.303/2016 delinham-se os contornos da medida de suspensão do direito de licitar e contratar com a empresa estatal que aplica a medida.

César Guimarães Pereria bem sintetiza o propósito do art. 37 da Lei das Estatais:

Tudo nele se dirige [...] à consagração da ideia de uma medida preventiva, cuja aplicação é condicionada pela sua efetiva utilidade como forma de prevenir danos às contratações da empresa estatal em questão, se e enquanto o próprio sujeito atingido pela restrição efetiva ou potencial não houver promovido as medidas necessárias para a superação dos motivos que a ensejariam ou ensejaram.³⁷

8 DOS IMPEDIMENTOS PARA PARTICIPAR DE LICITAÇÕES E DE CONTRATAR COM EMPRESA ESTATAL - DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - ART. 38, INCISOS I A VIII E PARÁGRAFO ÚNICO

Art. 38. Estará impedida de participar de licitações e de ser contratada pela empresa pública ou sociedade de economia mista a empresa:

36. GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch, op. cit., p.119.

37. PEREIRA, César A. Guimarães. Sanções administrativas na Lei das Empresas Estatais. In: Marçal Justen Filho (Org.): Estatuto Jurídico das Empresas Estatais. Lei 13.303/2016 – “Lei das Estatais”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 550.

I - cujo administrador ou sócio detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital social seja diretor ou empregado da empresa pública ou sociedade de economia mista contratante;

II - suspensa pela empresa pública ou sociedade de economia mista;

III - declarada inidônea pela União, por Estado, pelo Distrito Federal ou pela unidade federativa a que está vinculada a empresa pública ou sociedade de economia mista, enquanto perdurarem os efeitos da sanção;

IV - constituída por sócio de empresa que estiver suspensa, impedida ou declarada inidônea;

V - cujo administrador seja sócio de empresa suspensa, impedida ou declarada inidônea;

VI - constituída por sócio que tenha sido sócio ou administrador de empresa suspensa, impedida ou declarada inidônea, no período dos fatos que deram ensejo à sanção;

VII - cujo administrador tenha sido sócio ou administrador de empresa suspensa, impedida ou declarada inidônea, no período dos fatos que deram ensejo à sanção;

VIII - que tiver, nos seus quadros de diretoria, pessoa que participou, em razão de vínculo de mesma natureza, de empresa declarada inidônea.

Parágrafo único. Aplica-se a vedação prevista no caput:

I - à contratação do próprio empregado ou dirigente, como pessoa física, bem como à participação dele em procedimentos licitatórios, na condição de licitante;

II - a quem tenha relação de parentesco, até o terceiro grau civil, com:

a) dirigente de empresa pública ou sociedade de economia mista;

b) empregado de empresa pública ou sociedade de economia mista cujas atribuições envolvam a atuação na área responsável pela licitação ou contratação;

c) autoridade do ente público a que a empresa pública ou sociedade de economia mista esteja vinculada.

III - cujo proprietário, mesmo na condição de sócio, tenha terminado seu prazo de gestão ou rompido seu vínculo com a respectiva empresa pública ou sociedade de economia mista promotora da licitação ou contratante há menos de 6 (seis) meses.

O artigo 38 da Lei n. 13.303 trata das hipóteses de impedimentos de participação em licitações e contratações das empresas estatais. Seus incisos arrolam as pessoas físicas ou jurídicas objeto desse impedimento.

Seu inciso II dispõe que a sanção tem efeitos restritivos, ou seja, aplicável somente ao órgão ou entidade que promove a licitação, não sendo extensível a toda a Administração Pública.

Por sua vez, o inciso III vincula a “eficácia da inidoneidade ou da suspensão a ter sido editada pelo ente político a que a estatal se subordina”, eliminando-se a possibilidade de a punição aplicada por um ente político atingir contratações de empresa estatal vinculada a outros entes políticos.

A partir dessa previsão básica, o dispositivo prevê várias hipóteses de extensão dos efeitos da penalidade para além da pena imposta ao infrator. Assim, adota suposta presunção de fraude e estende os efeitos do impedimento de licitar e contratar às hipóteses previstas nos seus incisos IV a VIII.

Referidos incisos estabelecem a desconsideração da personalidade jurídica da “aplicada como um *a priori* legal, que faz com que se estendam para os sócios ou administradores os efeitos de sanção aplicada em desfavor da pessoa jurídica na qual detém participação societária ou administração” apenas por possuir em seus quadros sócios comuns com empresa sancionada”.³⁸

Tais hipóteses de ‘fraude presumida’ pressupõem sempre que a punição originária - dirigida contra a empresa referida como ‘suspensa, impedida ou declarada inidônea’ - esteja em vigor e seja eficaz em relação à empresa estatal interessada.³⁹

Assinalam Edgar Guimarães e José Anacleto Abduch Santos que “a lei não faz distinção da natureza jurídica da participação societária, o que pode caracterizar inconstitucionalidade por violação dos princípios da personalidade e da individualização da pena, uma vez que o sócio meramente cotista, ou o mero acionista, por exemplo, não tem qualquer poder de dirigir os negócios da sociedade, logo, salvo prova em contrário, não teve participação na cadeia causal da infração que levou à aplicação da sanção”.⁴⁰

Trata-se, portanto, de opção legislativa passível de gerar polêmica. Nesse sentido leciona Joel de Menezes Niebuhr:

Os incisos do artigo 38 da Lei n. 13.303/2016 impedem de participar da licitação empresa que tenha sócio ou

38. GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch, op. cit., p.120.

39. PEREIRA, César A. Guimarães. Sanções administrativas na Lei das Empresas Estatais, p. 539.

40. GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch, op.cit., p.121.

administrador que faça parte do quadro societário de uma outra empresa impedida de participar de licitação. Ou seja [...] o impedimento desborda da empresa penalizada, atinge outra empresa, apenas porque tem sócio comum com empresa penalizada. Veja-se que estender a penalidade aplicada a uma empresa para outra que participe da licitação em fraude, para encobrir a empresa penalizada, é uma coisa. Outra coisa, com implicações totalmente diferentes, é estender a penalidade, sem comprovação de fraude, à empresa apenas porque tem sócio comum com outra empresa anteriormente penalizada. O dispositivo é flagrantemente inconstitucional, opõe-se ao princípio de que a pena não pode ultrapassar a pessoa do condenado, entabulado no inciso XLV do artigo 5º da Constituição Federal.⁴¹

Igual entendimento espousa César Guimarães Pereira:

Os dispositivos são inválidos porque adotam uma ficção de que o vínculo de sócio independentemente da participação societária, de administrador independentemente da natureza da atuação ou de diretor não estatutário independentemente dos poderes a ele atribuídos é suficiente para transferir da empresa punida para a outra empresa os efeitos da punição. A ficção produz resultado inválido, que viola o art. 5º, LXV, da Constituição Federal (“nenhuma pena passará da pessoa do condenado”).⁴²

O defeito do art. 38 é o estabelecer certas condutas ou certos resultados como puníveis já no plano normativo, sem comprovação de fraude.

9 PUBLICIDADE DOS ATOS RELATIVOS ÀS LICITAÇÕES E CONTRATOS - ART. 39, INCISOS I, II E III. FORMAS E PRAZO DE PUBLICIDADE DOS ATOS INTEGRANTES DO PROCESSO DA LICITAÇÃO E DA CONTRATAÇÃO

Art. 39. Os procedimentos licitatórios, a pré-qualificação e os contratos disciplinados por esta Lei serão divulgados em portal específico mantido pela empresa pública ou sociedade de economia mista na internet, devendo ser adotados os seguintes prazos mínimos para apresentação de propostas ou lances, contados a partir da divulgação do instrumento convocatório:

41. Aspectos destacados do novo regime de licitações e contratações das estatais. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/joel-de-menezes-niebuhr/aspectos-destacados-do-novo-regime-de-licitacoes-e-contratacoes-das-estatais>> Acesso em: 01 jul. 2017.

42. PEREIRA, César A. Guimarães. Sanções administrativas na Lei das Empresas Estatais, p.540.

I - para aquisição de bens:

- a) 5 (cinco) dias úteis, quando adotado como critério de julgamento o menor preço ou o maior desconto;
- b) 10 (dez) dias úteis, nas demais hipóteses;

II - para contratação de obras e serviços:

- a) 15 (quinze) dias úteis, quando adotado como critério de julgamento o menor preço ou o maior desconto;
- b) 30 (trinta) dias úteis, nas demais hipóteses;

III- no mínimo 45 (quarenta e cinco) dias úteis para licitação em que se adote como critério de julgamento a melhor técnica ou a melhor combinação de técnica e preço, bem como para licitação em que haja contratação semi-integrada ou integrada.

Parágrafo único. As modificações promovidas no instrumento convocatório serão objeto de divulgação nos mesmos termos e prazos dos atos e procedimentos originais, exceto quando a alteração não afetar a preparação das propostas.

Seguindo o desenvolvimento da comunicação por meio eletrônico, em regra similar ao do RDC, o art. 39 da Lei das Empresas Estatais estatui a disponibilização dos procedimentos licitatórios, a pré-qualificação e os contratos por meio eletrônico, em portal específico mantido pela estatal na internet. Esse procedimento tem como vantagem uma diminuição de custos para a Administração e uma maior celeridade no procedimento diante da exclusão dos prazos necessários para a divulgação mediante a mídia impressa.

Esclarece Benjamin Zimler que

a divulgação por meio eletrônico deve ocorrer em todas as licitações, mesmo aquelas cujos valores se enquadrariam na modalidade convite prevista na Lei n. 8.666/1993. Essa lei não estabelece a obrigatoriedade de publicação do instrumento convocatório para essas licitações de pequeno valor, verifica-se, nessa hipótese, uma sensível ampliação da publicidade.⁴³

As normas contidas no art. 39 devem ser analisadas de forma conjunta com o disposto no artigo 51, §2º, da Lei das Estatais, pois enquanto aquele recorre à internet como meio de divulgação, este, ressaltando a divulgação efetivada preferencialmente por meio eletrônico, determina que os resumos

43. ZYMLER, Benjamin. Considerações sobre o estatuto jurídico das empresas estatais (Lei 13.303/2016). *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 19, n. 102, mar./abr. 2017. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br>>. Acesso em: 3 jul. 2017.

dos editais das licitações e contratos abrangidos pela Lei n. 13.303 devem ser previamente publicados no Diário Oficial da União, do Estado ou do Município e na internet.

Os prazos mínimos específicos são os mencionados nos incs. I, II e III desse artigo e são estabelecidos conforme critério de julgamento empregado e a natureza do objeto a ser contratado.

José Calasans Junior critica, por falta de justificativa razoável, a vinculação dos prazos de publicidade dos atos convocatórios das licitações ao critério que será adotado para o julgamento das propostas, ressaltando que a determinação do prazo para a apresentação de propostas “é a maior ou menor complexidade da licitação, pela necessidade de coleta e análise de informações e dados necessários à formulação dos preços a serem propostos”.⁴⁴

Quanto à contagem dos prazos adotados, Edgar Guimarães e José Anacleto Abduch Santos recomendam, por cautela, e para que se evite argumentação de nulidade de processo, diante da diversidade de prazos constante da Lei n. 13.303/2016 e da Lei n. 10.520/2002, que seja adotado o prazo de publicidade maior:

Quando for adotada a modalidade de pregão, preferencial para as estatais quando da licitação de bens comuns (artigo 32, inciso IV), deve ser observado o prazo de publicidade previsto na Lei n. 10.520/02, de oito dias. No que tange ao prazo de publicidade de aviso de licitação na modalidade de pregão para contratar serviços comuns, deve-se utilizar o prazo mínimo de 15 dias úteis indicado no artigo 39, inciso II, alínea a. E que o descumprimento de prazo de publicidade da licitação constitui vício insanável do processo. [...] Mesmo com a ampliação do prazo de publicidade, nesta hipótese, remanescem as vantagens da modalidade de pregão.⁴⁵

Igualmente ao previsto no RDC (art. 15, § 4º), o parágrafo único do art. 39 determina que as “modificações promovidas no instrumento convocatório serão objeto de divulgação nos mesmos termos e prazos dos atos e procedimentos originais, exceto quando a alteração não afetar a preparação das propostas”.

44. As omissões e retrocessos da lei de licitações das estatais Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

45. GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch, op. cit., p. 122.

10 REGULAMENTOS PRÓPRIOS – ART. 40

Art. 40. As empresas públicas e as sociedades de economia mista deverão publicar e manter atualizado regulamento interno de licitações e contratos, compatível com o disposto nesta Lei, especialmente quanto a:

- I - glossário de expressões técnicas;
- II - cadastro de fornecedores;
- III - minutas-padrão de editais e contratos;
- IV - procedimentos de licitação e contratação direta;
- V - tramitação de recursos;
- VI - formalização de contratos;
- VII - gestão e fiscalização de contratos;
- VIII - aplicação de penalidades;
- IX - recebimento do objeto do contrato

A Lei determina que as empresas estatais editem regulamentos internos de licitações e contratos que deverão conter obrigatoriamente normas sobre vários itens: glossário de expressões técnicas; cadastro de fornecedores; minutas-padrão de editais e contratos; procedimentos de licitação e contratação direta; tramitação de recursos; formalização de contratos; gestão e fiscalização de contratos; aplicação de penalidades; recebimento do objeto do contrato. Além disso, como registra Marçal Justen Filho,

o regulamento deverá disciplinar de modo específico as matérias previstas na Lei. 13.303 que são desde logo autoaplicáveis: procedimentos auxiliares (pré-qualificação permanente, cadastramento, sistema de registro de preços e catálogo eletrônico de padronização), procedimento de manifestação de interesse, etapa de lances eletrônica, matriz de riscos de licitações, política de transações e disponibilização de informações na internet. Finalmente, o regulamento interno deverá disciplinar os níveis de tomada de decisão e aprovação pelos órgãos internos das estatais.⁴⁶

Como não poderia deixar de ser, o regulamento precisa ser amoldado às normas de hierarquia superior.

46. Os regulamentos internos de licitações e contratos das empresas estatais. Disponível em: <file:///C:/Users/Downloads/>. Acesso em: 28 jun. 2017.

11 APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA LEI N. 8.666/93 - ART. 41

Art. 41. Aplicam-se às licitações e contratos regidos por esta Lei as normas de direito penal contidas nos arts. 89 a 99 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993.

O art. 41 torna aplicável às empresas estatais o regime penal da Lei n. 8.666/1993, que, em seus artigos 89 a 99 dispõe sobre crimes e penas relativas a licitações e a contratos administrativos.

Trata-se de matéria de direito penal de competência legislativa privativa da União (CF, art.22, I) e, como tal, de aplicação obrigatória às licitações e contratos regidos pela Lei n. 13.303/2016, dispensando referência expressa neste sentido. Se cometido algum dos delitos ali enunciados, aplicar-se-ão as normas previstas na Lei geral de licitações.

Nesse sentido, observa José Calasans Junior que, se por um lado o art. 41 da Lei n. 13.303 manda aplicar às licitações e contratos das estatais as normas de direito penal contidas nos arts. 89 a 99 da Lei n. 8.666/1993, por outro lado esqueceu “de disciplinar o processo judicial para aplicação das penas correspondentes aos delitos ali previstos”. Acrescenta que essa omissão “não poderá ser suprida pelo regulamento interno de cada estatal, porque processo penal constitui matéria de reserva legal, de competência privativa da União (CF, art. 22, inciso I), acarreta a incidência, plena e exclusiva, das normas do CPP”.⁴⁷

Este preceito legal instituiu uma obrigação jurídica para o responsável pelas licitações e contratos das estatais, qual seja ade informar a autoridade competente - autoridade policial ou Ministério Público sobre as condutas suscetíveis de serem tidas como típicas frente aos crimes previstos na Lei n. 8.666/1993.

A temática tratada no artigo 41 comporta uma última observação referente à aplicação subsidiária da Lei n. 8.666/1993 em caso de lacuna ou omissão da Lei n.13.303/2016. Nesse caso, é de se sustentar que não há aplicação subsidiária à Lei n. 8.666/1993. As empresas públicas e as sociedades de economia mista, neste talante, não estão obrigadas à realização da audiência pública de que trata o artigo 39 ou à aprovação das minutas de instrumento convocatório pela assessoria jurídica da entidade de que trata o artigo 38, parágrafo único, da Lei n. 8.666/93, por exemplo.

47. As omissões e retrocessos da lei de licitações das estatais. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016, confere maior autonomia às empresas estatais, em relação ao regime engessado e burocrático da Lei n. 8.666, em virtude da distinção constitucional entre os regimes de contratação da administração direta e das empresas estatais (CF, art.22, XXVII e art. 173,§ 1º, III).

Em suma, referido diploma legal enseja às estatais a possibilidade de ajustarem seus comportamentos e gestão às peculiaridades de sua atuação e de produzirem regulamentos de licitação e contratação adequados aos seus objetivos.

Além de reproduzir várias regras da Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas -RDC, a LRE traz outras inovações e, apesar de algumas falhas, possibilita a adoção de vários mecanismos mais eficientes para o regime de contratação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO Alexandre Santos de. Empresas estatais. Rio de Janeiro: Forense,2017.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Regime jurídico das empresas estatais. In: Enciclopédia Jurídica da PUCSP. Disponível em:<<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/44/edicao-1/regime-juridico-das-empresas-estatais>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira. O princípio da impessoalidade da Administração Pública para uma administração imparcial. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CALASANS JUNIOR, José. As omissões e retrocessos da lei de licitações das estatais Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

DALVI, Luciano. Manual das licitações e contratos administrativos. Campo Grande: Contemplar, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 31.ed.rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

FERREIRA, Cláudio Fernandes; MORAES, Anderson Júnior Leal. Considerações acerca do novo regime de licitações e contratos das estatais instituído pela Lei n. 13.303/16. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP. Belo Horizonte, ano 15, n. 179, nov. 2016.

FIDALGO, Carolina Barros. O Estado empresário. São Paulo: Almedina, 2017.

FREITAS, Juarez. Estudos de direito administrativo. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. Lei das estatais: comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei n. 13.303/2016 – Lei das Estatais. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

JURKSAITIS, Guilherme Jardim Notas sobre contratações públicas na Lei das Estatais. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/ef/index.php/noticias/notas-sobre-contratacoes-publicas-na-lei-das-estatais/>>. Acesso em: 11 maio 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 17 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários ao RDC. São Paulo: Dialética, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. Os regulamentos internos de licitações e contratos das empresas estatais. Disponível em: <<file:///C:/Users/Downloads>>. Acesso em: 28 jun. 2017.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Aspectos destacados do novo regime de licitações e contratações das estatais. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/joel-de-menezes-niebuhr/aspectos-destacados-do-novo-regime-de-licitacoes-e-contratacoes-das-estatais>> Acesso em: 01 jul. 2017.

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

PEREIRA, César A. Guimarães. Processo licitatório das empresas estatais: finalidades, princípios e disposições gerais. In: JUSTEN FILHO, Marçal (Org.): Estatuto jurídico das empresas estatais. Lei 13.303/2016 – “Lei das Estatais”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PEREIRA, César A. Guimarães. Sanções administrativas na Lei das Empresas Estatais. In: JUSTEN FILHO, Marçal (Org.): Estatuto Jurídico das Empresas Estatais. Lei 13.303/2016 – “Lei das Estatais”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

SCHIRATO, Vitor Rhein. As empresas estatais no direito administrativo econômico atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

SUNDFELD, CarlosAri. Licitação e contrato administrativo de acordo com as Leis 8666/93 e 8883/94. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

ZANOTELLO, Simone. Pregão (3ª parte). Disponível em: <<http://licitacao.com.br/apoio-juridico/artigos/85-pregao-3-artigo.html>>. Acesso em: 28 jun. 2017.

ZYMLER, Benjamin. Considerações sobre o estatuto jurídico das empresas estatais (Lei 13.303/2016). Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 19, n. 102, mar./abr. 2017. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br>>. Acesso em: 3 jul. 2017.

CAPÍTULO 15

A REGULAÇÃO DO ESPAÇO URBANO NO BRASIL CONTEMPORÂNEO

EMERSON GABARDO

Professor Titular de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Professor Adjunto de Direito Administrativo da Universidade Federal do Paraná, Vice-presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo e Pós-doutor em Direito Público Comparado pela Fordham University – EUA.

LÍGIA MARIA SILVA MELO DE CASIMIRO

Professora Adjunta de Direito Administrativo da Universidade Federal do Ceará, Doutora pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Coordenadora de Pesquisa do Instituto Brasileiro de Direito Urbanístico – IBDU.

INTRODUÇÃO

A partir da aprovação do texto constitucional definindo o capítulo da política urbana, a articulação, em âmbito nacional, pela Reforma Urbana, desenvolveu-se no sentido de promover a elaboração e aprovação de marcos legais e institucionais que efetivariam as previsões constitucionais. A doutrina jurídica nacional foi muito importante nesta seara, colaborando com a consolidação dos conceitos. E um dos autores importantes que merecem referência neste processo é, sem dúvida, Toshio Mukai – um pensador do Direito que merece todas as homenagens, seja pela sua brilhante trajetória jurídica, seja pelo seu perfil como ser humano.

O estabelecimento de diretrizes para o planejamento urbano, seja pela lei, seja pela doutrina especializada, contribuiu na construção de uma

política nacional firmada no valor da função social da cidade e no ideal de gestão democrática participativa, mirando na promoção do direito à cidade sustentável e do direito social à moradia. Esse conjunto de elementos permitiu o debate por uma atuação administrativa que equilibrasse as disputas políticas entre classes sociais, dando suporte à condução e materialização do desenvolvimento urbano pelo poder local, a partir de uma nova ética social urbana de matiz constitucional.¹

Para dar efetividade às previsões constitucionais era preciso aprovar um rol de legislação para além do parcelamento do solo, definindo linhas gerais sobre a política pública de desenvolvimento adequada ao sistema (urbano e rural) no qual a cidade se insere, com princípios e regras próprias, a serem executadas por meio de instrumentos que pudessem ser aplicados de acordo com as características locais.²

1 TECENDO A TEIA DO ARCABOUÇO URBANÍSTICO

A previsão normativa de maior referência até 1988 é a Lei n. 6.766, de 19 de dezembro de 1979, que dispõe sobre loteamentos e desmembramentos urbanos, regulando a matéria sobre o ordenamento do uso do solo urbano e ampliando o balizamento jurídico sobre a propriedade imobiliária no âmbito da cidade. A lei de parcelamento do solo urbano serviu para regularizar as intervenções urbanísticas e o formato de uso e ocupação do solo urbano, definindo as áreas de destinação pública, que segundo Toshio Mukai, teria caráter didático disciplinador, sem desconsiderar as exigências urbanísticas específicas de cada ente da federação.³

No ano de 1996, após a promulgação da atual Constituição, aconteceu a 2ª Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos – Habitat II sobre o tema do direito à adequada habitação e o desenvolvimento sustentável para todos em um mundo em urbanização. A busca pela solução de problemas como a ocupação irregular dos diversos territórios da cidade, a especulação imobiliária impeditiva do acesso à terra urbanizada, a moradia inadequada à condição humana, dentre outros, ganha dimensão

1. FERNANDES, Edésio. Direito urbanístico e política urbana no Brasil: uma introdução. In: FERNANDES, Edésio (Org). *Direito urbanístico e política urbana no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 28-29.
2. SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 57-58.
3. MUKAI, Toshio; ALVES, Aláor Caffé; LOMAR, Paulo José Villela. *Loteamentos e Desmembramentos Urbanos (Comentários à Lei n. 6.766, de 19-12-1979)*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 69-70.

internacional e passa a ser enfrentada envolvendo, também, a atuação do poder público e sua omissão nos investimentos em infraestrutura.⁴

Nos anos 2000 iniciou um novo processo de normatização com a aprovação da emenda constitucional n. 26/2000, que incluiu entre os direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição Federal, o direito à moradia, respaldando a compreensão do direito ao acesso à moradia em espaço urbanizado e estruturado, somando-se aos demais direitos sociais, para além da unidade habitacional.

A inclusão de tal direito fixou a noção de função social da cidade já abordada no artigo 182, da Constituição. Em âmbito federal, a acessibilidade aos sistemas de transportes públicos foi regulamentada pela Lei no 10.048/2000, que tratou da prioridade de atendimento às pessoas com mobilidade reduzida, como idosos, gestantes, lactantes etc. Essa lei constituiu as normas gerais e os critérios básicos para a promoção da acessibilidade de um grupo de pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, estabelecendo que os padrões de acessibilidade fossem definidos por normas específicas, incluindo as edificações públicas.⁵

A principal norma de política para o planejamento urbano foi aprovada em 2001: a Lei 10.257, de 10 de julho de 2001, chamada de Estatuto da Cidade, que entrou em vigor em outubro do mesmo ano, estabelecendo o conjunto de princípios e regras que concebem a cidade a partir do planejamento, da planificação, da função social da propriedade, bem como da gestão democrática, introduzindo a previsão do direito à cidade no ordenamento jurídico brasileiro a partir do seu artigo 2º.

A previsão do direito à cidade, identificado como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, aos transportes e aos serviços públicos consolidou e unificou reivindicações articuladas em torno da questão urbana, em que pese tantas diferenças regionais.⁶ Formalmente, inaugurou-se um projeto para uma nova concepção de cidade, indicando ações que deveriam romper com os limites impostos à determinados segmentos sociais no acesso aos espaços estruturados das cidades.

4. SAULE JÚNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004. p.120-123.

5. DE SOUZA, Josimar dos Reis; DE MELO, Cristiane Aparecida Silva Moura. O estudo da evolução da acessibilidade e mobilidade enquanto fator fundamental de inclusão no processo de urbanização contemporâneo. *Periódico Eletrônico Fórum Ambiental da Alta Paulista*, v. 12, n. 4, 2016, p.111-113.

6. SUNDFELD, Carlos Ari. O Estatuto da Cidade e suas Diretrizes Gerais. In DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coords). *Estatuto da Cidade (Comentários à lei federal 10.257/2001)*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 55-56.

O dever de atuação do poder público e o controle da especulação imobiliária também receberam suporte jurídico,⁷ construindo mais um capítulo formal para a urbanização brasileira, com função social da propriedade recebendo conteúdo jurídico definidor da sua importância para o desenho e o acesso à terra urbanizada.

Apesar das previsões constitucionais e infraconstitucionais, a visão civilista tem protegido o direito de propriedade, com o afastamento da interpretação conforme a principiologia constitucional. Para Romeu Felipe Bacellar, no que toca às normas na esfera do Direito privado, é preciso cuidar com uma interpretação que as concilie com os valores constitucionais que acolhem os direitos fundamentais, evitando cisões que poderão inviabilizar sua eficácia.⁸

A partir da aprovação da Lei do Estatuto da Cidade, a história da legislação urbanística brasileira consolidou um perfil de tratamento a ser dada a cidade.⁹ A definição de princípios e regras consagrou o dever público de conduzir os processos de urbanização no território das cidades por meio de planejamento, com o objetivo de promover o desenvolvimento urbano.

A previsão do planejamento e da planificação, por meio do Plano Diretor municipal, bem como o interesse brasileiro em se apresentar como um país em desenvolvimento que projeta um futuro sustentável, apto aos investimentos internacionais,¹⁰ estimulou a construção de uma legislação de cunho urbano-ambiental, após anos de leniência legislativa quanto à matéria.

Pouco a pouco o país deixou de carecer de previsões legais sobre o comportamento público e o privado no que diz respeito à ocupação das cidades. Em 2004 foi aprovada, na linha do redimensionamento da atuação estatal e resultante de uma significativa reforma administrativa iniciada no final da década de 1990, a lei n. 11.079, prevendo parcerias público-privadas a serem utilizadas na área da infraestrutura urbana, em um sistema de colaboração para a execução de obras e prestação de serviços na área

7. MONTEIRO, Vera. Parcelamento, edificação ou utilização compulsórios da propriedade urbana. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coords). *Estatuto da Cidade (Comentários à lei federal 10.257/2001)*. São Paulo: Malheiros, 2014, p.92-94.

8. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 116-119.

9. ALFONSÍN, Betânia de Moraes; FERNANDES, Edésio (Org. e co-autores) *Direito à Moradia e Segurança da Posse no Estatuto da Cidade: Diretrizes, instrumentos e processos de gestão*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p.7-8.

10. ONU. Organização das Nações Unidas. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. *Resolução A/RES/55/2, de 08 de setembro de 2000. Plano para a consecução dos objetivos da Cúpula do Milênio*. Disponível em: <<https://www.unric.org/html/portuguese/uninfo/DecdaMil.pdf>>. Acesso em: abril 2017.

do saneamento básico, habitação, limpeza urbana,¹¹ dentre outros, sendo recepcionada como um instrumento jurídico a amparar a função pública de urbanizar.

Nos anos seguintes continua a construção normativa com as aprovações de novas leis, como a Lei n. 11.124/2005, criando o Fundo Nacional para a Habitação de Interesse Social – FNHIS e a Lei n. 11.107/2005 sobre consórcios públicos intermunicipais. À medida que normativas federais são promulgadas ocorre, também, uma reafirmação do papel do poder público na promoção do acesso aos direitos sociais, sua relação com o planejamento da cidade e a oferta de serviços urbanos, uma questão ainda urgente para a população do país.

A lei dos consórcios públicos, supracitada, trata da previsão constitucional sobre as funções públicas de interesse comum, regionais, e a sua execução, materializando a aplicação de preceitos de planejamento territorial urbano. Dispõe sobre o formato de atuação na realização do interesse comum que interliga determinadas regiões, em um cenário complexo, geoeconômico e social de conurbação que pode tornar insustentável as demandas populacionais envolvendo diversos serviços públicos.¹²

Em 2007 foi a vez de ver aprovada a Lei n. 11.445, de 5 de janeiro de 2007, estabelecendo a Política Nacional de Saneamento Básico, respondendo às recomendações internacionais sobre a necessidade de investimentos concretos nas condições de serviços de saneamento e acesso a água potável.¹³

Os organismos internacionais passaram a defender juridicamente a proteção à pessoa humana nos assentamentos urbanos, formais e informais, destacando a saúde e as condições de mantê-la a partir do usufruto da moradia adequada no âmbito das cidades estruturadas e funcionais. As normativas incluíram o dever de investimento em infraestruturas e serviços de saneamento básico para amparar condições de abastecimento de água

11. PEREIRA, César A. Guimarães. Financiamento dos serviços de limpeza urbana: campo adequado para as parcerias público-privadas. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Mônica Spezia (Coords.). *Parcerias Público-privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: RT, 2005, p.141-145.

12. MACHADO, Gustavo Gomes; PIRES, Maria Coeli Simões. Os consórcios públicos: aplicação na gestão de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões. In: *Consórcios Públicos: instrumentos do federalismo cooperativo* (Coords.). PIRES, Maria Coeli Simões; BARBOSA, Maria Elisa. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 409-411.

13. MUKAI, Toshio. Do exercício da titularidade. In: MUKAI, Toshio (Coord.). *Saneamento Básico: Diretrizes Gerais, comentários à Lei 11.445 de 2007*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007, p. 37-38.

potável, limpeza urbana, manejo de resíduos sólidos, drenagem urbana, elementos indispensáveis à vida digna, tanto na cidade como no campo.¹⁴

A criação do Ministério das Cidades permitiu uma mudança institucional e administrativa sobre o tratamento dado à questão cidadina, seus bens e serviços.¹⁵ Ainda, com a instalação do Conselho Nacional de Cidades – CONCIDADES – fortaleceu-se o Estado Democrático e Social a partir da materialização do princípio da gestão democrática, garantindo a participação da sociedade em lutas por mudanças na forma de ocupar e gerir a cidade, enfrentando questões com moradia adequada versus proteção ambiental e distribuição espacial justa da infraestrutura urbana.¹⁶

O desenho normativo sobre políticas urbanas promotoras da moradia adequada recebe reforço com a aprovação da Lei n. 11.952/2009, tratando da regularização em áreas urbanas na Amazônia Legal e, em seguida, a Lei n. 11.977/2009, que criou o Programa Minha Casa, Minha Vida, com um capítulo inteiro sobre o tema, definindo procedimentos e instrumentos necessários para garantir a segurança da posse ao lado do acesso à propriedade em um processo que envolveu o dever de urbanização e saneamento ambiental concomitante à atuação jurídica, na perspectiva do interesse social para fins de moradia.¹⁷

No século XXI a narrativa da urbanização brasileira recebeu o apoio do Direito com uma rapidez ímpar, ao tempo que a mentalidade administrativa institucional, longinquamente forjada no patrimonialismo, bem como a atividade jurisdicional acostumada aos princípios civilistas, não conseguiu acompanhar com agilidade o conteúdo de tais diretrizes transformadoras, o que contribuiu para a limitação dos avanços e mudanças na forma de ocupar os espaços urbanos locais.

14. ALMEIDA, Luciana Dayoub Ranieri. O Saneamento básico como elemento essencial do Direito ao Desenvolvimento e a correlata orientação da Lei n. 11.445 de 2007. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coords.). *Estudos sobre o marco regulatório de saneamento básico no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 75-78.

15. A aprovação da lei n. 10.931/2004, sobre a gratuidade do registro imobiliário; lei n. 11.481/2007 sobre os processos de regularização fundiária de assentamentos informais consolidados em terras da União; lei n. 11.888/2008 que instituiu o direito à assistência técnica em programas de regularização fundiária para as comunidades fragilizadas e várias resoluções recomendando os procedimentos de atuação no âmbito do planejamento urbano e elaboração de planos diretores, encontrando-se com as resoluções expedidas pelo, também, Conselho Nacional do Meio ambiente - CONAMA.

16. FERNANDES, Edésio. Preservação ambiental ou moradia? Um falso conflito. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSÍN, Betânia (Orgs.). *Direito urbanístico: estudos brasileiros e internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 357.

17. MELO, Lígia. *Direito à moradia no Brasil* – Política Urbana e Acesso por meio da Regularização Fundiária. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 181-183.

A estrutura normativa que se estabeleceu a partir de 1988 caminhou no sentido de promover o processo de urbanização sob a égide da justiça social, gestão democrática e do desenvolvimento sustentável, tanto quanto de enfrentando a dialética conflituosa do sopesamento de interesses e necessidades dirigidas por questões socioeconômicas, políticas, culturais, geográficas, históricas, etc.¹⁸

2 DAS QUESTÕES ELEMENTARES À GESTÃO URBANA

A questão econômica é elemento preponderante para a (re) configuração das cidades. O capítulo da política urbana na Constituição de 1988 está alocado no Título da Ordem Econômica e Financeira e os inúmeros instrumentos criados estabeleceram bases para parcerias que pudessem dar sustentabilidade às intervenções a serem feitas no espaço urbano e na propriedade privada, sem contar a inclusão dos instrumentos de mais-valias.¹⁹

O arcabouço construído deveria permitir que a gestão urbana se realizasse de maneira ágil, legalizando e auxiliando na urbanização das ocupações irregulares, bem como se antecipando à expansão com políticas de planejamento e ações que incluam a ordenação da atividade dos agentes econômicos, que tratam a cidade como uma mercadoria.²⁰

O Brasil assumiu o compromisso de promover o direito à cidade, incluído na lei geral de diretrizes para a política urbana nacional, mas para a efetivação do direito ao “usufruto equitativo das cidades dentro dos princípios de sustentabilidade, democracia e justiça social”,²¹ é preciso que se materializem os direitos urbanos.

A mudança de paradigmas sobre a atuação administrativa deve ultrapassar a perspectiva tradicional das limitações e (ou) restrições ao uso e ocupação da propriedade imobiliária, para garantir processos de urbanização que promovam acesso equânime à terra urbanizada, para todos os segmentos sociais.

18. SAULE JÚNIOR, Nelson. A relevância do Direito à Cidade na construção de cidades justas, democráticas e sustentáveis. In: SAULE JÚNIOR, Nelson (Org.). *Direito Urbanístico: vias jurídicas das políticas urbanas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007, p. 38.

19. SOTTO, Debora. *Mais-valia urbanística e desenvolvimento urbano sustentável: uma análise jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p.108-110.

20. ONU-HABITAT. Estado das Cidades no Mundo 2010/2011: Unindo o urbano dividido - Resumo e principais constatações. *Tendências Urbanas*. Brasília: IPEA, 2010. 32p. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br>>. Acesso em abril 2017, p.5.

21. Artigo I da Carta Mundial pelo Direito à Cidade. Disponível em: <<http://www.polis.org.br/uploads/709/709.pdf>> Acesso em: abr. 2017.

No que se refere ao padrão de desenvolvimento urbano sustentável definido no Brasil, este não pode ser tratado unicamente como o resultado de um processo formado apenas por um conjunto de metas a serem atingidas.²² As ações e relações executadas e estabelecidas no território da cidade, a depender da forma como são conduzidas, podem ou não melhorar a qualidade de vida de seus habitantes se entre seus parâmetros não estiverem presentes objetivos como a redução das desigualdades e a promoção da inclusão social.

O Estatuto da Cidade recebeu aportes ao longo desses 16 (dezesesseis) anos de existência, passando a prever a obrigatoriedade na elaboração de planos diretores de expansão do perímetro urbano com definição de diretrizes específicas; planos diretores para municípios que estivessem incluídos em cadastro nacional com áreas suscetíveis a deslizamentos, dentre outras questões, incluídos pela Lei n. 12.608/2012. Juridicamente, passou-se a reconhecer a necessidade de planejamento para evitar problemas urbanos ambientais.

A exigência do planejamento urbano com indicações dos procedimentos, fatos geradores e possíveis consequências, desenha uma estrutura firme para a gestão administrativa. E no que toca às funções sociais da cidade, foi aprovada, em 2012, legislação federal que trata de diretrizes para uma política nacional da mobilidade urbana. A Lei da Política Nacional de Mobilidade Urbana, de n. 12587/2012, estabeleceu princípios e diretrizes para questões de pertinência social, econômica e política, que envolvem a melhoria das condições de movimentação, acessibilidade aos espaços, transporte de cargas, serviços de transporte público fortalecendo, a partir da funcionalidade da cidade o direcionamento da integração dos diferentes modais usados pelos cidadãos para transitarem e trafegarem com acessibilidade.

Em 2015 foi aprovado o Estatuto da Metrópole, com a Lei n. 13.089/2015 prevendo diretrizes gerais para o planejamento, gestão e execução das funções públicas de interesse comum, bem como o dever de elaboração de planos de desenvolvimento urbanos integrados e instrumentos de governança interfederativa, para municípios que compõem regiões metropolitanas ou aglomerações urbanas.

Após um longo período de construção normativa sobre direitos urbanos, urbanização e desenvolvimento das cidades, com a atuação

22. Não se deve esquecer a importância em avaliar índices como o de desenvolvimento humano – IDH, dado a sua interação com uma série de elementos que flutuam no campo das relações sociais, econômicas, políticas e institucionais que tocam às demandas individuais e coletivas, especialmente no país.

pública ocorrendo a partir das condições específicas de cada ente federativo e seu compromisso com os direitos urbanos, inicia-se um processo de desconstrução do dever de agir, justificado a partir da crise econômica e escassez de recursos.

Em 2017, surgiu a Lei n. 13.465, publicada em 11 de julho com o objetivo de instituir medidas gerais para procedimentos jurídicos, urbanísticos, ambientais e sociais destinados à incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano com ênfase na titulação de seus ocupantes. Tal lei interfere drasticamente na previsão do processo de regularização fundiária previsto na Lei 11.977/2009, dando relevo à titularização da posse, sem induzir, com a mesma força, a regularização urbanística e ambiental da área, tal como a Lei anterior previa.

Atualmente, as cidades brasileiras possuem um passivo grandioso devido a insuficiência de políticas públicas habitacionais efetivas e coerentes com a realidade de cada região do país. Levando em consideração que os principais problemas urbanos, desde sempre um enorme peso para a sociedade urbana, passam pela: a) favelização, devido à falta de políticas públicas habitacionais; b) violência urbana, decorrente da falta de oportunidades de trabalho nas áreas urbanas; c) poluição do ar, da água e do solo, em razão do aumento das emissões de gases poluentes por indústrias, etc. A redução do comando normativo sobre o dever público de agir, autoriza fortemente o comportamento omissivo que sempre existiu.

A atividade urbanística,²³ que tem por objetivo organizar os espaços e sua projeção sobre o futuro em torno da adequada distribuição e satisfação de serviços e acesso a direitos, é fundamental para promover desenvolvimento. Reduzir seu dever de agir, com contornos maiores de discricionariedade, fragiliza a construção do regime jurídico feita desde a redemocratização.

O Brasil ainda possui um rol completo de legislação urbanística, mesmo carente de ajustes e revisões. Prescinde, em verdade, de administradores e gestões administrativas eficientes e eficazes, que incorporem o regime constitucional de principiologia republicana e democrática, capazes de ações promotoras do bem-estar social urbano-ambiental, com respeito e acesso a direitos ligados ao viver na cidade. É preciso defender os marcos jurídicos urbanísticos por se tratarem de uma construção política que objetiva proteger direitos de cidadania, fortalecer a democracia, auxiliar na promoção do acesso aos direitos fundamentais exercidos no território da cidade.

23. SUNDFELD, Carlos Ari. *O Estatuto da Cidade e suas diretrizes gerais*. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coords). *Estatuto da Cidade (Comentários à lei federal 10.257/2001)*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 54-57.

3 À GUIZA DE REFLEXÃO

As cidades precisam ser funcionais para responder às expectativas de seus habitantes e, ainda que não estejam construídas em contexto e territórios idênticos, a padronização de normas gerais é importante para definir o comportamento do poder público diante das demandas urbanas.²⁴ No Brasil, segundo censo do IBGE, de 2010, 160,9 milhões de brasileiros habitam em cidades, buscando a realização, ainda que proporcionalmente precária, de seus anseios e necessidades.²⁵

Ao se constituírem em centros de poder, as cidades se organizam espacialmente de acordo com suas funções, tendo a economia como fator preponderante e o arcabouço jurídico como o aspecto formal garantidor dessa estrutura.²⁶ Especialistas comparam a evolução urbana em países industrializados e em industrialização, levando em consideração processos de desenvolvimento e subdesenvolvimento e defendendo a ideia de que tais processos se retroalimentam sendo causa e consequência dos problemas urbanos.²⁷

A complexidade presente na ocupação do território urbano impõe um olhar crítico sobre o desenvolvimento das cidades e o que as mesmas representam para a sociedade contemporânea. Na perspectiva da Administração Pública, a definição do agir fica ao cargo de previsões legais e atuações administrativas que desconsideram, por vezes, características socioculturais e ambientais dos territórios, em que condição foram e estão sendo ocupados, qual uso é permitido e qual lhe é dado diante da rede de infraestrutura existente. O reconhecimento desse desenho territorial urbano, dos interesses difusos e das diversas classes e categorias sociais são a base para definir funções efetivas da cidade,²⁸ permitindo diminuir as diferenças socioeconômicas, a partir das normas previstas.

Os elementos componentes da funcionalidade social da cidade devem responder às necessidades da população local, bem como com às características culturais, sociais, econômicas e políticas. No entanto, não se pode esquecer que o território urbano é exatamente o campo das disputas

24. ROLNIK, Raquel. *O que é cidade?* São Paulo: Brasiliense, 1995, p. 27-31.

25. IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Relatório brasileiro para o Habitat III*. Brasília: Concidades, IPEA, 2016, p. 23.

26. SANTOS, Milton. *Ensaio sobre a Urbanização Latino-americana*. São Paulo: Edusp, 2010, p. 9-11.

27. SANTOS, Milton. *A urbanização desigual: a especificidade do fenômeno urbano em países subdesenvolvidos*. Petrópolis: Vozes, 1982, p.15

28. SAULE JÚNIOR, Nelson. *Novas perspectivas do direito urbanístico*. Ordenamento constitucional da política urbana. Aplicação e eficácia do plano diretor. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997, p.60.

políticas e econômicas, dentre outras, que implicam no impedimento, muitas das vezes, do acesso, por todos, às funções defendidas.

A política urbana brasileira tem por proposta uma descrição normativa que reflete um fio condutor, aquele que pode organizar sistematicamente todos os elementos, institutos e instituições que implicam na urbanização e adensamento territorial, incluindo o controle sobre o uso da propriedade urbana e as intervenções - públicas e privadas -, conduzindo à funcionalidade social.

Ao eleger a melhoria da vida como algo que se quer atingir vivendo na cidade, se faz necessário garantir maior eficácia aos instrumentos para seu alcance. Sendo assim, seria necessário assumir o debate político que permita confrontar a questão da função social da propriedade e da produção e divisão econômica do espaço urbano, que justapostos reproduzem diferenças sociais impeditivas da promoção do acesso ao direito à cidade, por todos e todas.²⁹

Tendo em vista que a cidade é um sistema que relaciona estruturas e pessoas em busca de crescimento, estabilidade, proteção, satisfação e segurança, fixando-se ou transitando em uma plataforma territorial, a planificação do mesmo não poderia se afastar dos interesses das pessoas pelo viver bem.³⁰ A cidade necessita guardar coerência com o provimento das funções específicas a serem desempenhadas para garantir acesso dos cidadãos aos bens e serviços, integração social que promova o exercício dos direitos civis e políticos por todos os segmentos sociais.³¹

O Estado social brasileiro tem como ponto de partida para o desenvolvimento, delineado no texto constitucional, um urbanismo social e democrático que não pode ser desconsiderado pelos agentes políticos, sociais e econômicos. Para um balizamento e controle adequado às características locais e regionais com a observação do regime jurídico já firmado, deve estar compreendido que inclusão e integração, deveres constitucionais públicos, se opõem à exclusão social, o que obriga ao planejamento urbano propor a produção de condições de habitabilidade mínima, infraestrutura e serviços compatíveis com a demanda existente. O contrário, que pode se apresentar por ação ou omissão pública, tem por resultado o descumprimento dos

29. VASCONCELOS, Pedro de Almeida; CORRÊA, Roberto Lobato; PINTAUDI, Silvana Maria. *A cidade contemporânea: segregação espacial*. São Paulo: Contexto, 2016, p. 8.

30. 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.

31. MARRARA, Thiago. *Bens Públicos: Domínio Urbano: Infra-estruturas*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 189.

deveres públicos, diante do significativo número de regras e princípios descritivos do papel do Poder Público.³² Tudo o que obsta ao avanço de um processo de desenvolvimento urbano.

BIBLIOGRAFIA

ALFONSÍN, Betânia de Moraes; FERNANDES, Edésio (Org. e co-autores) *Direito à Moradia e Segurança da Posse no Estatuto da Cidade: Diretrizes, instrumentos e processos de gestão*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

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

SOUZA, Josimar dos Reis de; MELO, Cristiane Aparecida Silva Moura de. O estudo da evolução da acessibilidade e mobilidade enquanto fator fundamental de inclusão no processo de urbanização contemporâneo. *Periódico Eletrônico Fórum Ambiental da Alta Paulista*, v. 12, n. 4, 2016.

ELIAS, Norbert. *A Sociedade dos indivíduos*. SCHROTER, Michael (Org.); RIBEIRO, Vera (trad.); Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.

FERNANDES, Edésio. *Preservação ambiental ou moradia? Um falso conflito*. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSÍN, Betânia (Orgs.). *Direito urbanístico: estudos brasileiros e internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Relatório brasileiro para o Habitat III*. Brasília: Concidades, IPEA, 2016.

LIBÓRIO, Daniela. *Elementos de Direito Urbanístico*. São Paulo: Manole, 2004.

MARRARA, Thiago. *Bens Públicos: Domínio Urbano: Infra-estruturas*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MUKAI, Toshio. *Do exercício da titularidade*. In: MUKAI, Toshio (Coord.). *Saneamento Básico: Diretrizes Gerais, comentários à Lei 11.445 de 2007*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007.

MUKAI, Toshio; ALVES, Alâor Caffé; LOMAR, Paulo José Villela. *Loteamentos e Desmembramentos Urbanos (Comentários à Lei n. 6.766, de 19-12-1979)*. São Paulo: Saraiva, 1987.

32. LIBÓRIO, Daniela. **Elementos de Direito Urbanístico**. São Paulo: Manole, 2004. p. 95-98.

MELO, Lígia. Direito à moradia no Brasil – Política Urbana e Acesso por meio da Regularização Fundiária. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MONTEIRO, Vera. Parcelamento, edificação ou utilização compulsórias da propriedade urbana. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coords). Estatuto da Cidade (Comentários à lei federal 10.257/2001). São Paulo: Malheiros, 2014.

ONU-HABITAT. Estado das Cidades no Mundo 2010/2011: Unindo o urbano dividido - Resumo e principais constatações. Tendências Urbanas. Brasília: IPEA, 2010. 32p. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br>>. Acesso em abril 2017.

ROLNIK, Raquel. O que é cidade? São Paulo: Brasiliense, 1995.

SANTOS, Milton. Ensaio sobre a Urbanização Latino-americana. São Paulo: Edusp, 2010.

SANTOS, Milton. A urbanização desigual: a especificidade do fenômeno urbano em países subdesenvolvidos. Petrópolis: Vozes, 1982.

SAULE JÚNIOR, Nelson. Novas perspectivas do direito urbanístico. Ordenamento constitucional da política urbana. Aplicação e eficácia do plano diretor. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997.

SILVA, José Afonso. Direito Urbanístico Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2012.

SOTTO, Debora. Mais-valia urbanística e desenvolvimento urbano sustentável: uma análise jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari. O Estatuto da Cidade e suas diretrizes gerais. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coords). Estatuto da Cidade (Comentários à lei federal 10.257/2001). São Paulo: Malheiros, 2014.

VASCONCELOS, Pedro de Almeida; CORRÊA, Roberto Lobato; PINTAUDI, Silvana Maria. A cidade contemporânea: segregação espacial. São Paulo: Contexto, 2016.

CAPÍTULO 16

COMPLIANCE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

FELIPE CHIARELLO DE SOUZA PINTO

Mestre e doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, foi membro do Conselho Técnico Científico, do Conselho Superior e do Comitê da Área do Direito da CAPES-MEC, Atualmente é Diretor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie e Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Político e Econômico, Membro do Comitê da Área do Direito no Programa SciELO/ FAPESP, membro Titular da Academia Paulista de Letras Jurídicas e da Academia Mackenzista de Letras.

AMANDA SCALISSE SILVA

Mestranda em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie (2018-2019). Possui graduação em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2017). Advogada.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo principal a análise da possibilidade e da viabilidade da implementação de programas de *compliance* na Administração Pública brasileira.

A pesquisa se justifica política e dogmaticamente. Politicamente, pois diversos fenômenos foram responsáveis, nas últimas décadas, por marcantes transformações ocorridas no mundo contemporâneo, incluindo a recente crise econômica e financeira mundial, que têm exigido do Estado a adoção de novos modelos de Administração Pública para melhora de seu desempenho. Dogmaticamente, por sua vez, tendo em vista que a construção

desse cenário trouxe impactos que representam profunda redefinição dos conceitos de gestão pública e eficiência do Estado, bem como da legislação e institutos para sua aplicação e controle.

Podemos destacar, entre estas mudanças, a crise do *Welfare State* nos países desenvolvidos e a crise do desenvolvimentismo nos países periféricos, que geraram o esgotamento do modelo econômico e a fragilidade do modelo político. As despesas públicas elevadas, o baixo nível de eficiência e qualidade dos serviços prestados, a corrupção e falta de transparência nas ações públicas, são problemas inerentes a quase todos os países.

Nesse ambiente de insatisfação, os administradores públicos se encontram cada vez mais diante de decisões morais e defrontam-se com desafiantes pressões por melhores resultados econômicos sem abandonar o aspecto social. Isso faz com que seja extremamente valorizada e exigida uma postura ética e transparente dos mesmos.

Desse modo, é possível afirmar que, atualmente, a qualidade da gestão pública está sendo avaliada mais por critérios técnicos, de transparência, ética e eficiência, e menos por critérios políticos.

No Brasil observa-se, a partir da Constituição da República de 1988 – que traz expressamente em seu artigo 37 os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (este último incluído pela Emenda Constitucional 19/98) – o crescimento de normas que visam identificar e sanar qualquer tipo de desvio na gestão pública, sejam atos ilícitos, fraudes ou simplesmente irregularidades administrativas.

Para tanto, novos parâmetros de governança inspirados nas práticas do setor privado são trazidos para a gestão pública, como, por exemplo, a implementação de programas de *compliance*.

Feitas essas considerações, torna-se possível formular a questão central do presente trabalho: há possibilidade de implementação de programas de integridade na Administração Pública brasileira tal como aplicado na iniciativa privada?

Assim, como objetivos específicos verificamos a necessidade de contextualização do processo de formação da Administração Pública brasileira, para compreensão de sua base e seus conceitos, para, em seguida, buscar uma definição da concepção de governança corporativa e de *compliance* aplicáveis ao setor público. Ao fim, verificaremos como está prevista a implementação de programas de integridade em nosso ordenamento jurídico, sua efetividade no combate aos desvios da gestão pública e na garantia de eficiência de seus atos.

Para embasamento da pesquisa, utilizou-se o método dedutivo, que permite uma construção lógica de raciocínio, em ordem descendente de análise, em que são escolhidas duas proposições como base de estudo, chamadas premissas, para que possa ser retirada uma terceira, denominada conclusão.

Em relação aos objetivos apresentados, a presente pesquisa se configura como exploratória, pois visa proporcionar maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo explícito ou construir hipóteses, através da utilização de levantamento bibliográfico e análise legislativa.

1 SITUANDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

Antes de compreender a transferência das experiências de governança do setor privado para o setor público brasileiro, é preciso situar a formação, as bases e os conceitos da Administração Pública no Brasil.

Os legisladores que elaboraram a Constituição Federal de 1988 optaram pela criação de princípios e regras rigorosos destinados ao administrador e à Administração Pública, vislumbrando, assim, a ideal distância entre o interesse privado e o interesse público. A Constituição sustentou a necessidade de profissionalizar a burocracia como a forma ideal de tentar assegurar a existência de um Estado que atendesse exclusivamente aos interesses públicos da forma mais imparcial possível.¹

Luiz Carlos Bresser-Pereira sustenta que o texto constitucional sacramentou os princípios de uma Administração Pública arcaica e demasiadamente burocrática, seguindo um modelo centralizado, hierárquico e rígido.²

Somente na década de 1990, passando por um movimento de redemocratização inspirado pela necessidade de reformar a máquina administrativa, o governo de Fernando Henrique Cardoso se empenhou em idealizar um novo modelo de Estado a ser implementado no Brasil.

Fernando de Souza Coelho, Antonio Roberto Bono Olenski e Rafael Prado Celso, ao elaborarem um estudo em que contextualizaram o crescimento da importância da graduação em Administração Pública,

1. PUERTA DOS SANTOS, Larissa Dias *A instrumentalização jurídica da gestão pública brasileira e os mecanismos para reforma da organização administrativa.* / Larissa Dias Puerta dos Santos. – Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2017, p. 79.

2. BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma do estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional.* São Paulo: Ed. 34, 2002, p. 175.

elucidaram a conjuntura da reforma do Estado, da redemocratização e da ampliação do *locus* do setor público brasileiro.³

Segundo informam, devido a uma crise política e moral (consequência do procedimento de impeachment do Fernando Collor), tanto o governo quanto a sociedade manifestavam o desconforto e a insatisfação com a estrutura organizativa e a capacidade gerencial do Estado. Para eles, ela se notabilizava pela marca da corrupção, pelo desperdício e pela ineficiência do Governo Federal, aliada a uma agenda atuante na tentativa de reestruturação do setor público-estatal e da redemocratização. A tudo isso se somava o ambiente de instabilidade econômica em razão do descontrole inflacionário, da escassez de recursos e da abertura comercial, no início dos anos 1990.⁴

A transformação do modelo de Estado, no Brasil, iniciou-se no mesmo contexto da crise econômica que deflagrou o processo hiperinflacionário, até então o mais traumático da história do país. Assim, a demanda pela reforma tornou-se uma das bandeiras do governo Fernando Henrique Cardoso, e o modelo idealizado por Bresser-Pereira passou a ser uma de suas grandes inovações.⁵

Observando as transformações conquistadas pelos governos neoliberais de Ronald Regan e Margareth Thatcher, que procederam ao ajuste fiscal dos gastos públicos entre outras medidas tendentes a alterar a organização da Administração Pública, o então Ministro da Reforma do Aparelho do Estado, Luiz Carlos Bresser-Pereira, buscou compreender as ideias de Christopher Pollitt, que, instituindo o *New Public Management*, idealizou um modelo de Estado no qual o particular passaria a ser encarado como parceiro na busca do desenvolvimento econômico e social da nação.⁶

É importante ressaltar as seguintes características do movimento gerencial desenvolvido na Inglaterra: o setor público deixa de existir na esfera econômica direta; as funções sociais que permaneceram no setor público passam a orientar o trabalho com base em valores gerenciais e de mercado, ou seja, estabelecimento de relações de contrato com esses setores e não de hierarquia; a ênfase recai no fazer mais com menos; e a administração da mudança ganha força, concretizando o desejo por formas

3. COELHO, Fernando de Souza; OLENSCKI, Antonio Roberto Bono; CELSO, Rafael Prado. *Da letargia ao realento*: notas sobre o ensino de graduação em administração pública no Brasil no entremeio da crise do Estado e da redemocratização no país (1983-94). Revista de Administração Pública, p. 1707-1732, 2011, p. 1772.

4. COELHO, OLENSCKI, CELSO, op. cit., p. 1772.

5. PUERTA DOS SANTOS, op. cit., p. 90.

6. PUERTA DOS SANTOS, op. cit., p. 80.

de liderança mais visíveis, criando-se, por exemplo, a figura do diretor-presidente de Agências.⁷

Para os críticos, a *New Public Management*, em português *Nova Administração Pública*, é uma ideologia com base no mercado; outros a encaram como uma administração híbrida com ênfase contínua nos valores fundamentais do serviço público. Muitos concordam que a nova administração pública deve ser enxergada como uma importante ruptura nos padrões de administração do setor público.⁸

Nesse sentido, Leonardo Secchi é categórico ao afirmar que “*a administração pública gerencial ou nova gestão pública (new public management) é um modelo normativo pós-burocrático para a estruturação e a gestão da administração pública baseado em valores de eficiência, eficácia e competitividade*”⁹.

Cristopher Pollitt, um dos idealizadores da *New Public Management*, sustenta que a melhora na gestão pública adviria da tentativa de igualar as necessidades da Administração Empresarial Privada às da Administração Pública. Assim, o movimento da nova administração pública identifica-se como um sistema de pensamento ideológico caracterizado pela importação de ideias geradas em áreas do setor privado para dentro das organizações do setor público.¹⁰

E esse foi o marco do início do primeiro governo de Fernando Henrique Cardoso, o qual realizou um negativo diagnóstico a respeito da situação da Administração Pública Federal e buscou reformá-la com a edição do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado publicado em 1995.

Sobre o Plano Diretor em referência, Irene Patrícia Nohara sustenta que:

O Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE), apresentado no Brasil ao ensejo da Reforma Administrativa da década de 90, objetivou substituir o modelo burocrático pelo gerencial. Procurou-se modificar o papel do Estado de prestador direto de serviços públicos para gerenciador de inúmeras atividades que seriam progressivamente transferidas ao setor privado, num

7. PUERTA DOS SANTOS, op. cit., p. 83.

8. FERLIE, Ewan. *A Nova Administração Pública em Ação*. Brasília: Ed. UNB/ENAP, 1999, p. 24-25.

9. SECCHI, Leonardo. *Modelos organizacionais e reformas da administração pública*. In: Revista de Administração Pública – RAP. Rio de Janeiro: MAR./ABR. 2009, p. 354.

10. POLLITT, Christopher [et.al]. *Desempenho ou legalidade?: auditoria operacional e de gestão pública em cinco países = Performance or Compliance?: Performance Audit & Public Management in Five Countries*. Tradução Pedro Buck. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 10-11.

movimento expressivo de privatização ou desestatização.¹¹

Esse documento foi o resultado da compreensão do Ministro Luiz Carlos Bresser-Pereira, que, ao manifestar seu interesse pelas experiências gerencialistas realizadas em outros países, mencionadas anteriormente, viajou para o Reino Unido com a finalidade de estudá-las e formulou uma proposta de adaptação do modelo gerencial ao contexto nacional.¹²

O plano diretor foi integralmente baseado numa proposta de superar a crise do Estado por meio da adoção de cinco políticas públicas, as quais consistiam: no ajustamento fiscal duradouro; na reforma econômica orientada para o mercado, que acompanhada de uma política industrial e tecnológica, garantisse a concorrência interna e criasse condições para o enfrentamento da competição internacional; na reforma da previdência social; na inovação dos instrumentos da política social, com a finalidade de proporcionar maior abrangência e promover melhor qualidade na prestação dos serviços sociais; e finalmente, na reforma do aparelho do Estado, com o intento de aumentar a governança estatal.¹³

Contudo, para que o ideal desenvolvido no Plano Diretor pudesse ser de fato inserido no contexto brasileiro, foi preciso que algumas medidas jurídicas fossem adotadas no sentido de promover a transformação do cenário público.

Tais medidas não aconteceram em um único momento e menos ainda foram fruto de um único debate e de um único processo de jurídico de implementação. Ao contrário, foram adotados diversos mecanismos que visam a mudança da governança estatal sob diferentes aspectos e relacionados a diferentes órgãos, as quais serão melhores analisadas adiante.

2 A GOVERNANÇA CORPORATIVA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Para nos aprofundarmos na análise dos instrumentos jurídicos adotados pela legislação brasileira para implementar o novo modelo de gestão do Estado, se faz necessário, primeiro, contextualizar os fundamentos dos mecanismos de governança corporativa no setor público.

Em qualquer situação em que o poder de decisão é transferido ou compartilhado, surge em maior ou menor grau uma assimetria informacional.

11. NOHARA. Burocracia reflexiva. In: MARRARA, Thiago (Org). *Direito Administrativo: tendências e transformações*. São Paulo: Almedina, 2014, p. 353

12. PUERTA DOS SANTOS, op. cit., p. 93.

13. PUERTA DOS SANTOS, op. cit., p. 94

Seja em uma empresa privada ou pública, clube, associações, cooperativas ou universidades, sempre existirão, em maior ou menor grau, conflitos de interesse derivados do exercício de algum tipo de poder.

Assim, o desafio central da governança corporativa em qualquer tipo de organização é a minimização de assimetrias e conflitos de interesses inerentes à delegação de poder. O alinhamento na busca de eficiência e eficácia incorpora conceitos de transparência de gestão, responsabilidade social e ética¹⁴.

O conceito clássico de governança corporativa, originado pela necessidade de mecanismos de regulação e controle das atividades de gestão, concebidos em defesa dos interesses do controle acionário, cede espaço ao movimento de governança corporativa “social”, consistente em uma extensão da teoria de agência oriunda de estudos organizacionais de origem sociológica, segundo a qual não somente os proprietários outorgam aos gestores poder decisório para maximizar seus interesses¹⁵.

O conflito de agência surge quando um determinado agente age em nome de outro, o chamado principal, e os objetivos de ambos não coincidem integralmente. Assim, numa relação principal/ agente, como empregador/ empregado, acionistas/ executivos, instituidores/ executivos ou governante/ governados, o principal busca implementar uma estrutura de incentivos e monitoramento, visando alinhar os interesses do agente aos seus¹⁶.

Nas sociedades democráticas, as instituições de governança do Estado são adotadas à medida que o exercício da cidadania se aprofunda. As sociedades definem os mecanismos pelos quais seus governantes são monitorados, por meio de um conjunto de regras formais resultantes da interação dos diferentes atores sociais. O exercício e o cumprimento da lei são função tanto do aparato legal existente, como da própria pressão informal exercida pela sociedade no cumprimento e na melhoria dessas regras¹⁷.

14. BECHT, Marco; BOLTON, Patrick; ROELL, Ailsa. *Corporate governance and control*. NBER working paper series. 2002. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w9371>>. Acesso em: jun. 2018.

15. ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José Paschoal. *Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências*. 2. ed. – atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2006.

16. MACHADO FILHO, Cláudio Antônio Pinheiro. *Governança e responsabilidade corporativa: interface e implicações no ambiente contemporâneo*. In: Comunicação, governança e organizações [recurso eletrônico] / org. Luiz Alberto de Farias, Valéria de Siqueira Castro Lopes. – Dados Eletrônicos. – Porto Alegre : EDIPUCRS, 2016. 90 p. Disponível em: <http://www.pucrs.br/edipucrs/>. Acesso em: jun. 2018.

17. Ibidem.

Neste sentido, José Paschoal Rosetti e Adriana Andrade conceituam a governança corporativa a partir de quatro pilares valorativos: *fairness*, que é a necessidade de justiça e equidade no tratamento dos acionistas minoritários, garantindo-lhes participação equânime nos resultados da empresa e participação efetiva nas assembleias; *disclosure*, que trata da necessidade de transparência nas informações corporativas, mormente aquelas de grande relevância, assim consideradas as que impactam os resultados da empresa ou as que envolvem riscos ou oportunidades negociais; *accountability*, ou seja, a necessidade de prestação de contas de forma responsável, com base nas melhores técnicas contábeis e de auditoria; e, por último, o *compliance*, objeto central do presente estudo, ligado à conformidade e ao cumprimento das normas regulatórias, legais e administrativas aplicáveis à empresa.¹⁸

Assim sendo, podemos conceituar a governança corporativa no setor público como a adoção de medidas para maximizar a probabilidade de que as ações dos administradores da máquina estatal sejam dirigidas para o atendimento dos interesses públicos (da sociedade), e não em benefício próprio, o que inclui, necessariamente, o conjunto de mecanismos externos de avaliação, direção e monitoração das instituições.

3 O COMPLIANCE NO SETOR PÚBLICO BRASILEIRO: REALIDADE E PROPOSTAS

Atualmente, constatada a necessidade e viabilidade da implementação de práticas gerenciais e de governança privada na gestão pública, conforme elucidado anteriormente, a discussão da doutrina pátria está pautada na criação de medidas e institutos para a efetiva inserção de seus valores e princípios na administração do Estado.

Destaca-se nessas discussões o instituto do *compliance*, tendo em vista que no mundo corporativo sua implementação vem apresentando excelentes resultados no combate de desvios éticos nas empresas.

O termo *compliance*, derivado do verbo da língua inglesa *to comply*, significa cumprir, estar em conformidade, executar, obedecer, observar, e satisfazer o que é imposto.

Assim sendo, no mundo administrativo e legal, pode-se definir *compliance* como “o dever de cumprir, de estar em conformidade e fazer cumprir leis, diretrizes, regulamentos internos e externos, buscando mitigar o risco atrelado à reputação e o risco legal/regulatório”¹⁹.

18. ANDRADE, ROSSETTI, op. cit., p. 140-143.

19. COIMBRA, Marcelo de Aguiar. MANZI, Vanessa Alessi. Manual de Compliance. 1ª Edição.

No Brasil, o interesse pelo tema *compliance* surgiu, com mais intensidade no setor privado, após a edição da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), a qual prevê, em seu artigo 7, inciso VIII, que a adoção de mecanismos e procedimentos internos de integridade e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica será levada em consideração na aplicação de sanções administrativas pela prática de atos lesivos à Administração Pública²⁰.

Em relação às empresas públicas e sociedades de economia mista, foi a Lei 13.303/2016 (Estatuto das Estatais) que representou um marco legislativo sobre o tema, pois trouxe, em seu artigo 1º, §7º, a previsão de as companhias estatais “*deverão adotar, no dever de fiscalizar, práticas de governança e controle proporcionais à relevância, à materialidade e aos riscos do negócio do qual são partícipes*”²¹.

Trazendo determinações ainda mais específicas, o artigo 9º, §1º, do Estatuto das Estatais prevê a elaboração e divulgação de “*Código de Conduta e Integridade*”, o qual deve dispor, em síntese, sobre princípios, valores e missão das companhias estatais, orientações sobre a prevenção de conflito de interesses e vedação de atos de corrupção e fraude, canal de denúncias que possibilite o recebimento de denúncias internas e externas, e sanções aplicáveis em caso de violação às regras do Código²².

Sobre a auditoria como parte integrante do processo, a Lei 13.303/2016, determina a realização de controle interno e externo, bem como que o estatuto social deverá prever, ainda, a possibilidade de que a área de *compliance* se reporte diretamente ao Conselho de Administração em situações em que se suspeite do envolvimento do Diretor-presidente em irregularidades ou quando este se furtar à obrigação de adotar medidas necessárias em relação à situação a ele relatada²³.

No mesmo sentido, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão do Governo e a Controladoria Geral da União editaram, também em 2016, a Instrução Normativa nº 01, que dispõe sobre controles internos, gestão de riscos e governança no âmbito do Poder Executivo Federal²⁴.

Editora Atlas: São Paulo, 2010, p. 02.

20. Cf. Lei 12.846/2013, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm>, acesso em 22 out. 2018.

21. Cf. Lei 13.303/2016, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm, acesso em 22 out. 2018.

22. Ibidem.

23. Ibidem.

24. Cf. Instrução Normativa nº 01, disponível em http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/instrucoes-normativas/in_cgu_mpog_01_2016.pdf, acesso em 22. Out. 2018.

Em seu art. 3º, a Instrução em referência dispõe que os órgão e entidades do Poder Executivo federal devem implementar, manter, monitorar e revisar os controles internos de gestão, os quais são definidos, no inciso V do art. 1º, como conjunto de regras, procedimentos, diretrizes, protocolos, rotinas de sistemas informatizados, conferências e trâmites de documentos e informações, entre outros, operacionalizados de forma integrada pela direção e pelo corpo de servidores das organizações, destinados a enfrentar os riscos e fornecer segurança razoável de que, na consecução da missão da entidade.²⁵

Os Poderes Executivos estaduais e municipais também têm, gradativamente, adotado a determinação de instituição de programas de integridade destinados aos respectivos agentes públicos e à sua alta administração.

É o caso, por exemplo, da cidade de São Paulo, que instituiu, através do Decreto nº 56.130 de 26 de maio de 2015, o Código de Conduta Funcional dos Agentes Públicos e da Alta Administração Municipal, que compreende, nos termos de seu art. 1º, normas de conduta funcional, de educação ética e de prevenção à corrupção²⁶.

Em resumo, referido Código de Conduta determina que o agente público deve exercer suas atribuições com eficiência, otimizando os recursos disponibilizados pela Administração, pautados sempre pela legalidade e pela ética.²⁷

Neste cenário, percebe-se que o Poder Legislativo e a própria Administração Pública têm imposto, cada vez mais, a seus servidores e gestores, tanto a nível federal, quanto nos níveis estaduais e municipais, a regulamentação de suas atividades através de códigos de conduta, determinando não somente uma atuação ética dentro dos ditames da lei, mas também a fiscalização e o controle rígidos de suas atividades.

Entretanto, é preciso lembrar que, conforme determinado pelo artigo 37 Constituição Federal brasileira, a ação pública deve regida pelo princípio da legalidade, o que, nas palavras de Hely Lopes Meirelles, "*significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeitos aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de*

25. Ibidem.

26. Cf. Decreto 56.130/2015, disponível em https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/chamadas/d_56130_1432738091.pdf, acesso em 22 out. 2018.

27. Ibidem.

*praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil, criminal, conforme o caso*²⁸.

Nesse contexto de estrita legalidade, e de acordo com as bases e os conceitos do modelo de gestão adotado pela Administração Pública brasileira, uma cultura de *compliance* que valorize somente a regulamentação da conduta pública precisa, em obediência ao princípio constitucional da eficiência, ser sopesada pela ideia de resultados, sob o risco de um excesso de formalismo no âmbito público e a possibilidade de um “*engessamento*” da atuação do Estado.

Há de se deixar claro que não se pode conceber os programas de integridade apenas para a adoção de mais exigências normativas para a prática de atos administrativos. Estes precisam ir muito além: é preciso agregar uma série de valores éticos e princípios morais à gestão pública, mas com o objetivo de facilitar o cumprimento da lei, e não de dificultá-lo.

Esta é uma diferença relevante que deve existir entre os programas de integridade públicos e privados, pois as empresas e companhias privadas que não são eficientes tendem a desaparecer pela concorrência do mercado, de forma que sua regulação funciona apenas como um freio para práticas negativas.

No setor público, entretanto, a regulação deve buscar a coexistência de dimensões de conformidade e desempenho, devendo agregar, sobretudo, uma função finalística de resultado.

Tais objetivos devem ser sobreponderados para que não sejamos afogados por uma ideia de que a criação de novas regulações é a única salvação para a Administração Pública do Brasil. Aí está a importância de compreendermos a formação do modelo de Estado brasileiro, para que possamos adequar os institutos da gestão privada ao setor público de modo de suas bases, conceitos e deveres sejam respeitados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do conteúdo desenvolvido pelo presente estudo é possível apontar o claro movimento de adoção do modelo de gerencialismo pela Administração Pública deflagrado em todo o mundo a partir dos anos 1990, o qual reafirmava a necessidade de reformar a estrutura do Estado e o seu papel ante marcantes transformações ocorridas no mundo contemporâneo.

Dentre tais mudanças, verifica-se a crise do *Welfare State* nos países desenvolvidos e a crise do desenvolvimentismo nos países periféricos,

28. MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, 35ª edição, Malheiros, 2009, p. 89.

que geraram o esgotamento do modelo econômico e a fragilidade do modelo político. As despesas públicas elevadas, o baixo nível de eficiência e qualidade dos serviços prestados, a corrupção e falta de transparência nas ações públicas, são problemas inerentes a quase todos os países.

Nesse ambiente de insatisfação, os administradores públicos se encontram cada vez mais diante de decisões morais e defrontam-se com desafiantes pressões por melhores resultados econômicos sem abandonar o aspecto social. Isso faz com que seja extremamente valorizada e exigida uma postura ética e transparente dos mesmos.

No Brasil, após o procedimento de impeachment do Presidente Fernando Collor, percebeu-se uma crise política e moral, na qual identificava-se o Estado brasileiro pela marca da corrupção, pelo desperdício e pela ineficiência do Governo Federal.

Somado a isso, constituía-se, ainda, um ambiente de instabilidade econômica em razão do descontrole inflacionário, da escassez de recursos e da abertura comercial no início dos anos 1990.

Logo no início do primeiro governo de Fernando Henrique Cardoso foi implementada a reforma do modelo de Administração Pública brasileiro com a edição do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, publicado em 1995, que trouxe como uma de suas propostas o aumento da governança estatal.

A partir daí, foram adotadas no país diversas medidas jurídicas, de diferentes aspectos e relacionados a diferentes órgãos, que visavam a mudança da governança estatal a partir da adoção de mecanismos de gerência e controle, tal como o Estatutos das Estatais (13.303/2016).

Foram criados, com inspiração em experiências gerenciais do setores privados, mecanismos internos e externos de avaliação, direção e monitoração das instituições públicas e de seus gestores, com o objetivo de instituir uma cultura de eficiência e ética. Dentre eles, encontra-se o objeto central do presente estudo, os programas de *compliance*.

Tais medidas mostraram-se de relevante importância, pois indicaram um movimento de melhora da governança da gestão pública e, conseqüentemente, o aumento significativo da probabilidade de que as ações dos administradores e servidores da máquina estatal sejam dirigidas para o atendimento dos interesses da sociedade, e não em benefício próprio.

Contudo, o método empreendido no presente estudo nos permitiu verificar que certas características do modelo de gestão da Administração Pública brasileira devem ser levadas em consideração na elaboração de seus

programas de integridade, pois chocam-se com propriedades dos programas de *compliance* adotados pelas empresas e companhias privadas.

A principal delas é a determinação constitucional de que as condutas e atos públicos devem estar sempre pautados pelo princípio da legalidade, ou seja, que o administrador público está em toda a sua atividade funcional sujeito aos fundamentos da lei e às suas exigências.

Assim, tendo em vista que o ordenamento jurídico é claro ao determinar que a eficiência deve nortear as atividades estatais, a governança pública deve estar pautada não somente pela regulação das atividades do Estado para adequarem-se às normas vigentes, mas também pela possibilitação de resultados positivos à Administração Pública.

Em outras palavras, os programas de integridade não podem servir apenas para a adoção de mais exigências normativas para a prática de atos e condutas administrativas, devendo buscar, acima de tudo, resultados eficientes e positivos para o Estado.

Uma cultura de *compliance* hegemônica pode tornar a atuação pública ainda mais restrita, uma vez que o princípio da legalidade por sua própria natureza já condiciona bem a ação dos gestores, podendo vir a comprometer a eficiência estatal e inibir a inovação que contribui com o sucesso das políticas públicas.

Frisa-se que não se pretende aqui desprezar a submissão da gestão pública à normas de conduta, mas sim entender que essa dimensão de conformidade, por mais que necessária, não é suficiente para resolver os problemas do Estado.

Conclui-se, assim, que, tal como defendido no desenvolvimento da presente pesquisa, é preciso facilitar o cumprimento da lei pelos gestores e servidores da Administração Pública, e não criar mais empasses para o exercício de uma gestão eficiente, sob o risco de um excesso de formalismo no âmbito público e a possibilidade de um “*engessamento*” da atuação do Estado.

Desse modo, ganham os agentes políticos e servidores públicos honestos, que terão suas atividades resguardadas; e ganha a população, que não apenas terá maiores instrumentos de garantia de não privatização do espaço público, como também verá o desenvolvimento diuturno da nação a partir de princípios de probidade tendentes à formação de uma cultura de gestão pública ética e eficiente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José Paschoal. Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências. 2. ed. – atual. e ampl. São Paulo:Atlas, 2006.

BECHT, Marco; BOLTON, Patrick; ROELL, Ailsa. Corporate governance and control. NBER working paper series. 2002. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w9371>>. Acesso em: jun. 2018.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Reforma do estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional. São Paulo: Ed. 34, 2002.

COELHO, Fernando de Souza; OLENSCKI, Antonio Roberto Bono ; CELSO, Rafael Prado. Da letargia ao realento: notas sobre o ensino de graduação em administração pública no Brasil no entremeio da crise do Estado e da redemocratização no país (1983-94). Revista de Administração Pública, p. 1707-1732, 2011.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar. MANZI, Vanessa Alessi. Manual de Compliance. 1ª Edição. Editora Atlas: São Paulo, 2010.

FERLIE, Ewan. A Nova Administração Pública em Ação. Brasília: Ed. UNB/ENAP, 1999.

MACHADO FILHO, Cláudio Antônio Pinheiro. Governança e responsabilidade corporativa: interface e implicações no ambiente contemporâneo. In: Comunicação, governança e organizações [recurso eletrônico] / org. Luiz Alberto de Farias, Valéria de Siqueira Castro Lopes. – Dados Eletrônicos. – Porto Alegre : EDIPUCRS, 2016. 90 p. Disponível em: <http://www.pucrs.br/edipucrs/>. Acesso em: jun. 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, 35º edição, Malheiros, 2009.

NOHARA. Burocracia reflexiva. In. MARRARA, Thiago (Org.). Direito Administrativo: tendências e transformações. São Paulo: Almedina, 2014.

POLLITT, Christopher [et.al]. Desempenho ou legalidade?: auditoria operacional e de gestão pública em cinco países = Performance or Compliance?: Performance Audit & Public Management in Five Countries. Tradução Pedro Buck. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

PUERTA DOS SANTOS, Larissa Dias A instrumentalização jurídica da gestão pública brasileira e os mecanismos para reforma da organização administrativa. / Larissa Dias Puerta dos Santos. – Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2017.

SECCHI, Leonardo. Modelos organizacionais e reformas da administração pública. In: Revista de Administração Pública – RAP. Rio de Janeiro: MAR./ABR. 2009.

CAPÍTULO 17

DIREITO E POLÍTICA: UMA REFLEXÃO MULTIDISCIPLINAR SOBRE ESTRATÉGIAS DE REIVINDICAÇÃO DE DIREITOS

FELIPE DUTRA ASENSI

Pós-Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutor em Sociologia pelo Instituto de Estudos Sociais e Políticos (IESP/UERJ). Mestre em Sociologia pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ). Advogado formado pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Cientista Social formado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Aperfeiçoamento em Direitos Fundamentais pela Universidad Complutense de Madrid (UCM), em Empreendedorismo pela University of Maryland (UM) e em Coaching pela University of Cambridge (UCA). Professor visitante da Fundación Universitaria Los Libertadores (FUL). Foi Visiting Scholar da Universidade de Coimbra (UC). Membro da Comissão Tutorial do Programa Internacional Erasmus Mundus (União Européia). Membro vitalício da Academia Luso-Brasileira de Ciências Jurídicas (ALBCJ). Membro Efetivo do Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus). Membro Efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Senior Member da Inter-American Bar Association (IABA). Membro Benemérito do Instituto Latino-Americano de Argumentação Jurídica (ILAAJ). Membro do Comitê Consultivo Nacional da Biblioteca Virtual de Saúde (BVS-Integralidade). Membro Titular da Red Iberoamericana de Derecho Sanitario (RIDS). Membro do Conselho Curador do PenseSUS (Fiocruz). Membro da Asociación Latinoamericana de Sociología (ALAS). Professor Adjunto da UERJ/UCP/USU. Professor convidado da FGV, PUC, IBMEC e Ambra College (EUA). Editor Adjunto da "Coleção Integralidade" na

CEPESC Editora. Presidente do Conselho Editorial da Editora Ágora21. Presidente da Comissão de Gestão Jurídica da OAB-RJ. Diretor do Instituto Diálogo. Diretor administrativo do Centro de Estudos e Pesquisa em Saúde Coletiva (CEPESC). Consultor para o Brasil do World Justice Report. Manager of Legal Research and Teaching do Master of Science in Legal Studies da Ambra College (EUA). Bolsista de Produtividade “Jovem Cientista do Nosso Estado”; da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ) e Bolsista de Produtividade “Desenvolvimento Acadêmico e Tecnológico” do Centro de Estudos e Pesquisa em Saúde Coletiva (CEPESC). Email: felipe@institutodialogo.com.br

ARTHUR BEZERRA DE SOUZA JUNIOR

Doutorado em andamento em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Direito (Justiça, Empresa e Sustentabilidade) pela Universidade Nove de Julho. Especialista em Direito Processual pela Unisul. Professor da Pós Graduação Lato Sensu em Direito Processual Civil da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor de Direito Constitucional e Direito Processual Civil na Unip-SP e Uninove-SP. Professor convidado da School of legal studies da Ambra College (EUA). Membro da comissão especial de Liberdade de Imprensa do OAB-SP. Advogado atuante em áreas relacionadas ao Direito Público.

INTRODUÇÃO

Direito e política estão fortemente entrelaçados. Não somente no plano teórico com diversas perspectivas que variam desde Sócrates até Ronald Dworkin ou Jurgen Habermas, mas também no plano empírico das práticas sociais, é inegável que política e direito exercem mútua influência. Porém, é preciso realizar um esforço para compreender, de forma mais detalhada, o que se entende por política, quais as suas dinâmicas e lógicas de funcionamento e, ainda, como ela pode influenciar a “superfície” do direito. Como pressuposto, podemos conceber como *política* o complexo articulado de indivíduos, instituições e saberes que, por se orientarem por relações de poder, permitem o alcance do entendimento entre os indivíduos na arena pública, e podendo, inclusive, influenciar a sua vida privada.

Não é difícil observar que as ciências sociais têm se debruçado sobre a relação entre direito e política há séculos. Sócrates, Platão, Santo Agostinho,

Hugo Grócio, Nicolau Maquiavel, Thomas Hobbes, John Locke, Karl Marx e tantos outros contemporâneos pensaram e pensam, a seu modo, como o direito pode refletir as contradições políticas e se orientar por elas e vice-versa. A despeito desta pluralidade de perspectivas, as ciências sociais têm permitido ao direito repensar as suas três bases de sustentação (ao menos na modernidade) quando se trata de política:

- a) a associação “umbilical” entre direito, território e Estado;
- b) a assunção da lei como fonte primária e predominante do direito;
- c) a centralidade do Poder Judiciário no processo de reivindicação e efetivação de direitos.

Nas três bases, temos a possibilidade de discutir epistemologicamente e ontologicamente as condições de possibilidade do estabelecimento de uma interface interdisciplinar entre direito e política. Trata-se de uma reflexão fundamental para pensarmos como os indivíduos se inserem na relação com a política, permitindo compreender as suas estratégias reivindicativas de efetivação dos direitos em contextos de oportunidades políticas.

1 ASSOCIAÇÃO “UMBILICAL” ENTRE DIREITO, TERRITÓRIO E ESTADO

No que concerne à *primeira base*, as ciências sociais têm permitido discutir e polemizar a relação “umbilical” entre direito, território e Estado – aqui denominada como *simbiose DTE*.

Com o advento da modernidade nos séculos XV e XVI e a necessidade de se estabelecer uma nova política de relações internacionais entre os países europeus, a constituição dos Estados Nacionais permitiu a cada país estabelecer sua centralidade político-jurídico-legislativa num contexto administrativo e de poder comum. A relação “umbilical” entre direito, território e Estado permitiu, por um lado, e a consolidação da ideia de soberania como inexorável a qualquer relação internacional, de outro, permitiram a criação de um contexto de segurança jurídico-institucional nos diversos países europeus. Esta simbiose permitiu a construção de uma teoria do direito fortemente centrada na figura do Estado como fonte de normas jurídicas válidas. Seja numa perspectiva weberiana de dominação racional-legal, ou numa perspectiva marxista de dominação estatal da classe dominante, o fato é que esta concepção permitiu ao Estado deter o monopólio de “dizer” o direito e resolver conflitos, cuja formatação “mais pura” foi desenvolvida nos séculos posteriores.

Posteriormente, sobretudo no século XIX, esta simbiose entre direito, território e Estado permitiu a constituição da ideia de nacionalidade nos diversos países europeus. Assim como o nascituro ganha autonomia com o corte do cordão umbilical para viver sua vida por seus próprios meios, a associação entre direito, território e Estado encontrou na política das nações a possibilidade de se autonomizar. Até então, estes três elementos estiveram associados, porém com a possibilidade de abalos epistemológicos e ontológicos, a exemplo dos resquícios do antigo regime analisados por Alexis de Tocqueville, em 1858, a respeito da França feudal. Nesse livro, Tocqueville apresenta uma série de dados que corroboram a ideia de que os indivíduos da sociedade francesa apresentavam pouco associativismo e que, por consequência, havia uma incipiente atividade de reivindicação de direitos em face do Estado, uma vez que este se apresentava de forma absoluta por meio da centralização administrativa. Nessa linha, o Estado passa a ser o centro por meio do qual a vida social se desenvolve e as relações sociais se realizam. Na análise de Tocqueville, “já que o governo substitui desta maneira a Providência, é natural que cada um o invoque [o Estado] para resolver suas necessidades particulares. Assim é que encontramos um imenso número de requerimentos que se referem sempre ao interesse público quando na realidade só tratam de pequenos interesses privados”.¹ O Estado, além de organizador da vida pública, passa a ser o referencial também da vida privada, sobretudo por meio da administração pública. O cenário do Antigo Regime não é, pois, um cenário de ausência de normas. Pelo contrário, Tocqueville sustenta a existência de uma pluralidade de normas emanadas pelo Estado, pelos senhores, pela Igreja, entre outros, que concorriam ao monopólio do regramento da vida social. Assim, “raramente desobedece à lei, mas dobra-a em todos os sentidos conforme casos particulares e para a maior facilidade dos negócios [...]”. Eis todo o antigo regime e toda sua caracterização: uma regra rígida e uma prática mole”.²

Outro autor que merece destaque é Karl Marx. A crítica marxista sustenta que a postura negativa do Estado em relação aos direitos enseja a exploração do homem pelo homem, na medida em que o Estado não reconhece e não intervém no conflito, já que todos são vistos como iguais perante a lei e, por isso, são formalmente iguais. Observa-se, portanto, uma crítica realizada aos limites da mera *igualdade formal* dos cidadãos. Neste contexto, refletindo nos termos de Karl Marx³, o Estado suprime

1. TOCQUEVILLE, A de. *O antigo regime e a revolução*. Brasília: Editora da UnB, 1979, p. 94.

2. TOCQUEVILLE, A. Op. Cit., p. 93.

3. Para uma análise mais detalhada sobre a leitura de Marx sobre os direitos e a sua relação com

as distinções oriundas do nascimento, do nível social, da educação e da ocupação, declarando que o nascimento, nível social, a educação, a ocupação específica são diferenças *não políticas*, quando, sem levar em conta as suas distinções, proclama que todo membro do povo participa da soberania popular *em pé de igualdade* e quando aborda todos os elementos da vida real do povo do ponto de vista do Estado. Porém, o Estado nem por isso impede que a propriedade privada, a educação, a ocupação *atuem a seu modo*, isto é, enquanto propriedade privada, educação e ocupação, e façam valer a sua natureza especial. Longe de suprimir essas diferenças de fato, o Estado apenas existe sobre tais premissas; só tem consciência de ser um Estado político e faz prevalecer sua universalidade em oposição a esses elementos.⁴

São constatadas, assim, duas noções desta perspectiva. Em primeiro lugar, a crítica à concepção formalista de que a lei por si só garante a igualdade entre os homens. Em segundo lugar, a ideia de que as relações privadas são ditadas pelos privados, e não pelo público, que se encontra associado à ideia de Estado. O resultado, em Marx, é a defesa da derrubada do Estado, sendo necessário “não somente interromper o processo de alienação e guiar o homem em direção à sua emancipação, como também se traduz em condição para que ele constitua sua própria identidade enquanto sujeito político”.⁵

Para remetermos a um autor mais contemporâneo, vejamos a contribuição de Thomas Mann.⁶ Segundo o autor, há quatro principais “fontes” de poder, que não são exclusivas tampouco fixas ao longo do tempo, quais sejam: o poder ideológico, econômico, militar e político (denominado “modelo IEMP” pelo autor). Mann observa que não há uma preponderância necessária entre as quatro “fontes”, assim como não há uma sucessão temporal ou lógica entre elas. Toda a análise de Mann se desdobra a partir de um pressuposto essencial: a negação de uma concepção unitária de “sociedade”. Para o autor, o que seria “sociedade”, na verdade, consiste numa série de redes de poder interconectadas em diversas dimensões temporais e espaciais que podem se constituir, inclusive,

a política moderna, recebe destaque a análise de Thamy Pogrebinski. A autora afirma que, em Marx, “O Estado Moderno define-se como um ‘Estado separado’”. Uma das principais consequências da modernidade política consiste, portanto, em fazer com que definitivamente o relacionamento entre o Estado e a sociedade civil só possa ser definido como uma contradição” (Pogrebinski, 2009, p. 41).

4. MARX, K. A. *A questão judaica*. São Paulo: Centauro, 2003, p. 252.

5. POGREBINSCHI, *O enigma do político* – Marx contra a teoria política moderna. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2009, p. 51

6. MANN, T. *The sources of social power* (vol. 1). Cambridge: Cambridge University Press, 1986.

de maneira inconsciente, imprevisível ou acidental. Parte-se do princípio de que o que se entende por “sociedade” é mais uma “confederação” de grupos do que propriamente uma unidade social totalizante. Esta “confederação” se organiza de forma relativamente orgânica em virtude de fatores sociais limitantes expressados na ideia de “jaulas” (*cages*). Essas jaulas podem ser relacionadas a diversos fatores – geográficos, físicos, sociais, etc –, de modo que a relação entre os indivíduos esteja muito mais orientada pela ideia de redes de poder do que por totalizações.

Resgatando a discussão: esta relação entre pluralidade e oficialidade, entre sociedade e Estado, esteve na origem da relação “umbilical” de direito, território e Estado. Porém, podemos afirmar que a política de nações permitiu que esta simbiose ganhasse vida e se intensificasse, de modo a constituir uma verdadeira “jaula” com as cores de nacionalismo. No século XIX, temos em verdadeira interação os poderes ideológico, econômico, militar e político. O corte do cordão umbilical fez com que a relação entre direito, território e Estado encontrasse na ideia de nacionalidade o ambiente propício para a sua autonomização, e o positivismo - inclusive o jurídico – serviu de condição epistemológica para tal.

A partir de então, a ideia de nação permitiu à simbiose DTE expandir-se, autonomizar-se, voltar-se para si, e criar as condições de possibilidade para a constituição de uma perspectiva de direito fortemente centralizadora, estatalizada e calcada nos referenciais de soberania, cidadania e direitos civis.

No que concerne à simbiose DTE, as ciências sociais puderam contribuir sobremaneira para a sua problematização. De fato, as contribuições das ciências sociais são diversas do ponto de vista dos *autores*, do *temas* e do *tempo*. Em relação aos *autores*, podemos destacar a denúncia de Karl Marx a respeito da “colonização” do Estado pelos interesses da burguesia, ou destacamos a contribuição de Max Weber sobre os limites vocacionais da dominação. Também podemos elencar os autores contemporâneos, que buscaram pensar o direito a partir de sua dimensão fática, como Jurgen Habermas, ou pensar o direito a partir de referenciais de justiça, como John Rawls.

Em relação aos *temas*, podemos elencar diversos. Karl Marx discute como o direito pode ser um instrumento de restrição e “sufocamento” da emancipação social. Max Weber analisa o direito a partir dos diversos tipos de dominação (tradicional, afetiva e racional-legal). Émile Durkheim, por sua vez, parte do princípio de que o direito encontra-se permeado por relações sociais de solidariedade (orgânica ou mecânica). Dando um salto, Niklas Luhmann analisa a construção do direito como um sistema autopoiético, e

Michel Foucault concebe o direito como resultante de saberes e poderes em interação, além de outros autores.

Em ambos os casos (autores e temas), temos uma variação no *tempo* das diversas contribuições que os autores realizaram para pensar o direito. De fato, o direito tem sido pensado ao longo da modernidade a partir de duas variáveis básicas. Como variável dependente, o direito tem sido pensado pelas ciências sociais como orientado por configurações políticas, sociais e econômicas que influem decisivamente na sua formatação institucional e na própria cultura jurídica dos cidadãos. Como variável independente, o direito tem sido pensado como elemento definidor das práticas sociais, isto é, assume-se o direito como “força-motor” da reprodução social. Ainda podemos citar a concepção – a exemplo da bourdieusiana - que assume o direito simultaneamente como variável dependente e independente – com o perdão dos estatísticos -, ou seja, como constituinte e constituído pelo seio social em que se insere e ao qual se remete.

Independentemente dos autores, temas ou tempo, temos a possibilidade de pensar de forma crítica a simbiose DTE ao admitir que, no seio social, a pluralidade se apresenta como inerente e, portanto, qualquer associação entre direito, território e Estado diz respeito muito mais aos internacionalistas do século XV do que aos autores contemporâneos. Numa perspectiva “ecumênica”, a análise crítica das ciências sociais em relação à simbiose DTE se desenvolve pelo menos de três formas:

a) no que concerne ao *direito*, salientando: que os costumes também podem ser vistos como *direitos vivos*⁷; que a sociedade “muda” mais “rápido” que as normas⁸; que o direito, antes de tudo, deve ser pensado e forma interdisciplinar; etc;

b) no que concerne ao *território*, salientando: que num mesmo território podemos ter uma pluralidade social, cultural e religiosa; que o território é apenas uma das expressões da nacionalidade, pois esta pressupõe também uma dimensão subjetiva de “comunidades imaginadas”⁹ - que o território, na modernidade, configura-se como uma forma de organização do Estado para a manutenção do poder político e, portanto, sem qualquer vinculação direta com a condição de cidadania, mas sim de soberania; etc.

7. A qualificação do que significa a expressão “direito vivo” será tratada no capítulo seguinte.

8. Exemplo disso é a prática de crimes virtuais (crimes na Internet) no Brasil. Não há lei prevendo punição para tais crimes, pois a legislação penal predominante no Brasil é da década de 40 do século XX.

9. ANDERSON, B. *Imagined communities* - reflections on the origin and spread of nationalism. New York: Verso, 1983.

c) no que concerne ao *Estado*, salientando: que o pluralismo social pode sempre oferecer novas possibilidades jurídicas não atingidas pela institucionalidade estatal; que o processo de deliberação política entre parlamentares e administradores pode ser orientado por critérios extra-estatais (tais como interesses privados, filiações partidárias, etc); que o Estado, em verdade, não é a única fonte de direito legítimo.

Portanto, a despeito da simbiose DTE ter recebido destaque e importância na consolidação do Estado moderno, podemos observar contribuições que ultrapassam decisivamente a discussão da soberania, dando espaço para debates mais profundos sobre legitimidade e pluralismo. As ciências sociais permitem pensar o direito a partir de suas “veias” e “artérias” que, por mais que “invisíveis” externamente no “corpo” das leis, existem e fazem o direito “pulsar”.

No que concerne ao estudo sobre estratégias reivindicativas de direitos, esta compreensão se revela fundamental. A dimensão política das estratégias adotadas pode incentivar a constituição de outros espaços de reivindicação de direitos que não sejam necessariamente estatalizados ou institucionalizados. Além disso, mesmo em espaços institucionais e estatais, podemos pensar a pluralidade e a heterogeneidade de práticas sociais como variáveis influentes do processo decisório. Por fim, ainda é possível pensar como os atores sociais podem conceber o Estado e seus deveres institucionais, sobretudo para compreender as estratégias reivindicativas.

2 ASSUNÇÃO DA LEI COMO FONTE PRIMÁRIA E PREDOMINANTE DO DIREITO

A ênfase na explicação do *direito pelo direito* é um elemento importante para a solidificação e manutenção da perspectiva que se desenvolveu ao longo da história sob a denominação de *positivismo jurídico*¹⁰. E o direito moderno ancorou-se na lei como fonte primária e predominante de si próprio. Ao Estado coube, por meio de suas instituições, formular as leis gerais e abstratas que seriam dirigidas aos cidadãos e, nos séculos XIX e XX, o positivismo jurídico radicalizou a centralidade da lei estatal como fonte do direito.

É possível afirmar que a lógica positivista do direito é uma lógica binária¹¹, que pensa em categorias que não admitem anomalias, meio-terminos,

10. Para uma análise minuciosa da temática do positivismo jurídico, ver Norberto Bobbio (1994; 1995)

11. Para um aprofundamento da perspectiva binária do direito, apesar de serem autores divergentes do ponto de vista teórico, epistemológico e sociológico, ver Pierre Bourdieu (2000) e Niklas

desvios, etc. Esta lógica não admite, portanto, gradações ou hibridismos, na medida em que a realidade é apresentada a partir de um fundamento lógico-sistemático calcado num sistema de racional de explicações previamente categorizado. Um dos principais sistematizadores deste paradigma¹², comumente denominado de *positivismo jurídico*, foi Hans Kelsen. Este jurista dedicou boa parte de sua obra à formulação e desenvolvimento de uma *teoria pura do direito*. Esta teoria fundamenta a ordem jurídica na própria norma positivada, sem levar em conta como fundamento de validade qualquer aspecto subjetivo, valorativo, sociológico ou cultural. A diferenciação entre os campos da moralidade e da juridicidade realizada por Kelsen se justificaria pela tentativa realizar uma autonomização da ciência jurídica em relação aos outros campos científicos, tais como a sociologia, psicologia, política, etc. O direito, em seu argumento, seria positivo na medida em que se constituísse como um direito posto pela autoridade do legislador, que seria dotado de validade por obedecer a requisitos formais de produção. Em decorrência disto, o direito não precisaria se orientar por um conteúdo moral para ser definido e aceito como direito vigente, bastando apenas a regularidade do seu processo formal de produção e validação interna.

Kelsen parte do princípio de que o direito regula a sua própria criação; logo, as regras regulam a maneira pela qual outras regras devem ser criadas através de um sistema lógica e sistematicamente coeso e não-contraditório. Como desdobramento, o ato de interpretação seria apenas “uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior”.¹³ O sistema jurídico se configura como uma estrutura piramidal, em que as normas de escalão superior regulam e determinam a criação das normas de escalão inferior, o que reforça a ideia de que a atividade interpretativa consistiria em meramente aplicar as normas superiores nas inferiores, com pouca possibilidade criativa do magistrado. Trata-se de uma estrutura formalmente escalonada que propicia a unidade lógica e a completude da ordem jurídica por meio de processos “estruturais” de validação.

Esta lógica binária se encontra relacionada ao que Pierre Bourdieu denominou como *retradução* do direito, vale dizer: ao buscar explicar os fatos sociais sob o prisma de categorias pré-determinadas, a lógica jurídica faz

Luhmann (1983; 2004).

12. Metaforicamente, paradigma é a lente por meio da qual se enxerga o mundo; ou seja, é um conjunto de valores, visões de mundo e representações que condicionam a forma por meio da qual os indivíduos lêem a realidade à sua volta. Paradigma “no seu uso estabelecido, [...] é um modelo ou padrão aceito” (Kuhn, 2005, p. 43). Desta forma, segundo Thomas Kuhn, o paradigma confere algum sentido que é compartilhado pelos indivíduos segundo uma mesma perspectiva.

13. KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 387.

com que estes fatos percam a sua especificidade e originalidade a partir do momento em que são lidos à luz de modelos abstratos. Em outras palavras, ao tentar *encaixar* fenômenos complexos em molduras rígidas, o direito desconsidera as peculiaridades e especificidades do mundo real. Assim, não se considera o contexto de produção da norma ou as relações de força que se estabelecem em seu interior e perpassam toda a sua produção. Esta lógica insere fenômenos sociais complexos em contextos de “sim” e “não”, “certo” e “errado”, “lícito” e “ilícito”, sem levar em conta as gradações, os liames, os interstícios, a complexidade.

Talvez seja no campo da sociologia do direito que essa discussão tenha recebido maiores atenções acadêmicas e as ciências sociais tenham mais contribuído. Jean Carbonnier, por exemplo, aponta que o direito se consolidou historicamente por meio da ênfase da sua autonomia em relação às outras ciências. Mais precisamente, o que explica a ampla adesão a esta ideia é a defesa da exclusividade do direito e do dogmatismo, afirmando que “é próprio dele [direito] ser um deus ciumento que não tolera partilhas: cabe ao direito negar a qualquer outro sistema o título de direito”.¹⁴ O campo do direito, portanto, evita e estigmatiza qualquer explicação que não seja realizada por ele próprio. É *Deus* porque se propõe a responder todos os fenômenos sob uma perspectiva universalista e dogmática; e é *ciumento* porque se propõe a responder sozinho, ou seja, sem a incorporação de outros campos de saber em seu discurso.

Esta perspectiva sobre o direito - fundamentalmente formalista - recebeu críticas ao longo do século XX e vivenciou momentos de forte crise num cenário cada vez mais complexo e fragmentado, em que as instituições jurídicas passaram por transformações estruturais, organizacionais e axiológicas. Principalmente após os excessos e descaminhos ocasionados pelas duas guerras mundiais, os problemas derivados de regimes totalitaristas e o colapso econômico de alguns países, o que se convencionou chamar de *pós-positivismo* buscou se consolidar como uma alternativa à insuficiência e insensibilidade das perspectivas anteriores, em especial o positivismo jurídico.

Do ponto de vista da aplicação do direito, os teóricos do pós-positivismo - tais como Ronald Dworkin, Chaim Perelman, Theodor Viehweg, Robert Alexy -, sustentaram que a forma de se concretizar o direito é se debruçando sobre o problema e sobre casos empíricos particulares, e não sobre a regra jurídica abstrata, como se enfatizou no

14. CARBONNIER, J. As hipóteses fundamentais da sociologia jurídica teórica. In: SOUTO, C. & FALCÃO, J. (Orgs.). *Sociologia e Direito*. São Paulo: Editora Pioneira, 1980, p. 42.

positivismo jurídico. A perspectiva consolidada por esses autores enseja o reconhecimento de que o direito não mais se associa a uma mera moldura abstrata que lê a realidade à sua volta à luz de seus próprios limites de moldura. Na denominada perspectiva pós-positivista, o direito passa a incorporar conteúdos orientados por uma verdadeira razão prática. A simples adequação fato/norma, que seria realizada de maneira mecanicista e pouco sensível às especificidades dos fatos sociais, deu lugar a uma nova forma de pensar o direito *em* sociedade, ou seja, um direito capaz de considerar e respeitar as diferenças e de levar em conta as particularidades inerentes aos casos concretos. Tais casos concretos, por definição, variam de acordo com os atores e as circunstâncias em que estão inseridos. Para captar e compreender tais casos foi adotada como estratégia privilegiada da perspectiva pós-positivista a superação da “letra da lei” como fonte privilegiada do conhecimento jurídico.

Além disso, associada à perspectiva de incorporação dos valores no âmbito das reflexões sobre o direito, a necessidade de extrapolar a letra da lei esteve relacionada ao crescimento das reflexões de outras ciências sobre o direito, tais como a sociologia, a antropologia e a psicologia. Como visto, tais campos permitiram a consolidação de uma visão mais interdisciplinar, crítica, problematizante e não-dogmática. Isto efetivamente reforçou o processo de *estranhamento* ou *desnaturalização* das instituições jurídicas e do próprio direito, sobretudo com a ênfase numa postura crítica que já era, inclusive, objeto de reflexão interna do pós-positivismo.

As reflexões que se desenvolveram no âmbito da teoria do direito e nas ciências sociais produziram diversas ideias e perspectivas que buscam superar o paradigma formalista do direito, o que possibilita a inserção de critérios materiais e substanciais no seu sentido e alcance. Ao longo da história, algumas perspectivas teóricas buscaram pensar o direito enquanto valor e, assim, promover uma reflexão mais aprofundada a respeito de suas dimensões éticas, políticas e sociais. Tais reflexões se debruçaram sobre o pressuposto da existência de normas que não necessariamente se encontram escritas ou previstas expressamente no texto constitucional, mas que são materialmente constitucionais porque refletem valores sociais. Na avaliação de Thamy Pogrebinski, “o direito é uma dessas práticas, na medida em que ele existe apenas como uma prática resultante da atividade constitutiva dos homens que é também uma atividade constitutiva da comunidade em que eles vivem”.¹⁵ Neste sentido, a autora propõe, com base no pensamento de Marx, uma concepção de *direito material materialmente concebido*. Partindo

15. POGREBINSCHI, T. O enigma da democracia em Marx. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 22, nº63, 2007, p. 326.

do princípio de que, nessa perspectiva, não há separação entre aquilo que é constituinte e aquilo que é constituído, Pogrebinschi identifica uma coincidência temporal e uma superposição material entre ambos, “na medida em que são duas faces de um mesmo momento e de um mesmo conteúdo, o que explica sua dinamicidade, sua atualização constante e permanente”.¹⁶ Com isso, tais teorias abriram a possibilidade de construção e reconhecimento de direitos que, embora não constantes do texto formal, preservam a sua *força normativa* num dado ordenamento jurídico, de modo a fundamentar sua validade a partir de fontes políticas, sociais, econômicas, etc.

A título exemplificativo, Felipe Asensi realizou outrora¹⁷ uma análise sobre a contribuição de Ferdinand Lassale. Contemporâneo de Karl Marx - com o qual compartilhou alguns momentos, a exemplo da Revolução de 1848 -, Lassale buscou pensar justamente os aspectos não-formais que são constituintes de uma ordem jurídica. O autor parte do princípio de que a Constituição não é mera norma escrita, é *realidade*. E, por ser realidade, a Constituição é informada pela articulação e conjugação de *fatores reais de poder*, isto é, elementos de poder presentes nas relações que os indivíduos estabelecem em sociedade. O direito, portanto, seria um reflexo dos arranjos institucionais, sociais, políticos, econômicos e históricos que permeiam a sua formulação e concretização. Em seu argumento, se uma Constituição não corresponde aos *fatores reais de poder* de uma sociedade, essa Constituição consiste numa mera *folha de papel*, ou seja, não possui relevância social e eficácia para os atores no cotidiano de suas práticas. Seria um texto que não possui efeitos concretos, uma “forma” sem “alma”, ou, na acepção contemporânea, uma norma desprovida de efetividade¹⁸.

Segundo Lassale, em essência, a Constituição de um país é “a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação”.¹⁹ Uma vez que tais fatores reais se articulam e estabelecem pontos de interação que constroem sentidos aos atores, “os escrevemos em uma folha de papel e eles adquirem expressão escrita”.²⁰ Com isso, a partir desta incorporação em forma de

16. POGREBINSCHI, T. Op. Cit., 2007, p. 328.

17. ASENSI, F. D. *Indo além da judicialização* – O Ministério Público e a saúde no Brasil. Rio de Janeiro: FGV, 2010.

18. No Brasil, a ideia de efetividade da norma jurídica foi amplamente trabalhada por Luis Roberto Barroso em artigos, palestras e livros. A obra *Direito Constitucional e efetividade de suas normas* (Barroso, 2006) busca justamente sistematizar os desafios e estratégias atinentes à efetividade de direitos constitucionais no Brasil. O autor, em outra oportunidade (Barroso, 2008)

19. LASSALE, F. *A essência da constituição*. Rio de Janeiro: Ed. Liber Juris, 1988, p. 19.

20. LASSALE, F. Op. Cit., p. 19.

papel, “não são simples fatores reais do poder, mas sim verdadeiro direito – instituições jurídicas”.²¹

Por essa razão, apesar de não ser objeto próprio de sua reflexão tampouco ser considerada pós-positivista, a concepção de Lassale nos permite, atualmente, afastar a ideia de que o direito é um campo fechado, autopoietico, coeso, ausente de contradições, etc. Lassale permite pensar no interior do processo de formulação de normas jurídicas os fatores sociais orientados por relações de poder presentes em qualquer sociedade. Ao se admitir esse pressuposto, os problemas constitucionais não seriam, *prima facie*, problemas meramente de direito, mas, fundamentalmente, de poder, que consistiria na “alma” da Constituição.

Na medida em que o tema do pluralismo foi recebendo destaque no debate das ciências sociais e a multiplicidade de grupos sociais ganhou evidência com os eventos ocorridos ao longo do século, o direito passou a ser pensado sob o prisma de outras categorias, tais como *heterogeneidade, comunicação, valores, argumentação*, etc. Além disso, ao priorizar os princípios como efetivas normas jurídicas, foram estabelecidos objetivos e finalidades a serem alcançados pelos Estados nacionais, o que possibilitou a ampliação dos elementos éticos, sociais e culturais a serem inseridos na interpretação e aplicação da norma jurídica. O direito deveria ser refletido a partir de seu papel na sociedade, compreendendo-se como direito não somente as regras escritas no texto da lei, mas também os princípios que permeiam todo o seu sistema de valores supra-positivos.

Na sociologia jurídica, Eugen Ehrlich realizou a distinção entre o *direito positivo*, que seria o direito positivado como texto na norma jurídica, e o *direito vivo*, que seria fruto da dinâmica social que se desenvolve a partir da interação entre os atores sociais. Ehrlich sustenta que “querer encerrar todo o direito de um tempo ou de um povo nos parágrafos de um código é tão razoável quanto querer prender uma correnteza numa lagoa”.²² Trata-se, portanto, de uma perspectiva que confere destaque às práticas sociais em detrimento de modelos jurídicos abstratos e pouco sensíveis às especificidades próprias de cada contexto social. O direito seria, portanto, maior do que a regra formal, e é por meio da sua prática no cotidiano dos atores que se poderia observá-lo como dinâmica social em constante transformação.

21. LASSALE, F. Op. Cit., p. 19.

22. EHRLICH, E. *O estudo do direito vivo*. In: SOUTO, C. & FALCÃO, J. (orgs.). *Sociologia e Direito*. São Paulo: Editora Pioneira, 1980, p. 110.

O estudo do *direito vivo*, nos termos propostos por Ehrlich, permite extrapolar o raciocínio calcado na lei e nos livros, de natureza tipicamente positivista, e assume o direito como um fenômeno social orientado por práticas sociais. Ehrlich sustenta que o *direito vivo* representa a ideia de que o direito é construído mediante a experiência concreta dos sujeitos, que se transforma ao longo do tempo e do espaço de acordo com as sociedades específicas. Por isso, na investigação do direito vivo “não se tornam supérfluos nem o método histórico, nem o etnológico”.²³ Ehrlich sustenta que o direito está intrinsecamente ligado à cultura e aos seus processos históricos constitutivos, e, desta forma, profundamente relacionado às transformações sociais. Portanto, qualquer associação linear entre direito e lei seria reducionista.

De fato, sobretudo nas ciências sociais, a ideia de pensar o direito para além das leis já era compartilhada pelos principais sociólogos, tais como Marx, Durkheim e Weber. Durkheim, por exemplo, desenvolve todo um esforço para caracterizar o fundamento do direito e como ele se desenvolve nas diferentes sociedades sob o prisma de uma categoria central: a solidariedade. A passagem abaixo, em que Durkheim busca pensar a ideia de direito à propriedade, é reveladora de sua perspectiva:

o resultante desses fatos é que o círculo dos objetos apropriados não é determinado pela constituição natural desses objetos e, sim, pelo direito de cada povo. É a opinião de cada sociedade que faz sejam tais objetos considerados como suscetíveis de apropriação, e tais outros, não. Não são seus caracteres objetivos, tais como determináveis pelas ciências naturais; é a maneira pela qual são representados no espírito público. Uma coisa que ontem não podia ser apropriada passa a sê-lo hoje, e inversamente. Daí vem não poder entrar em nossa definição a natureza do ser apropriado. Nem, até, podemos dizer deva consistir em coisa corporal, perceptível pelos sensíveis de apropriação. *A priori*, nenhum limite pode ser assinado ao poder da coletividade de conferir ou retirar, a tudo quanto exista, os caracteres necessários à apropriação juridicamente possível. Se, pois, em quanto se segue, vier a servir-me da palavra *coisa*, será em sentido absolutamente indeterminado, e sem a intenção de provar a natureza particular da coisa.²⁴

A chave para pensar essas concepções e práticas de cada sociedade, na perspectiva de Durkheim, é a solidariedade social. A solidariedade permite a cristalização da sociedade, ou seja, que os indivíduos estabeleçam laços de cooperação e sinergias que os possibilitem a vida em comum. Não

23. EHRLICH, E. Op. Cit., p. 114.

24. DURKHEIM, E. *Lições de sociologia*. São Paulo: T.A. Queiroz, 1983, p. 125.

se trata da “espada” hobbesiana ou da “dominação de classe” marxista, mas de uma perspectiva que funda a sociedade em critérios substantivos de solidariedade e cooperação. Uma vez que a solidariedade varia segundo o grau de modernidade da sociedade (primitiva ou moderna) – e, quanto mais moderna a sociedade, mais complexa ela será –, a norma moral tende a se tornar norma jurídica. Isso ocorre, no argumento de Durkheim, em virtude da necessidade, nas sociedades modernas, de regras de cooperação e troca de serviços entre os que participam do trabalho coletivo. Entretanto, a norma só seria efetivamente jurídica se atendesse a tais laços de solidariedade que lhes são constitutivos e, por isso, *pré-jurídicos* (entendido, aqui, jurídico como formal). Tais laços pré-jurídicos reforçam a ideia de um direito “vivo” que se cria e recria a partir das práticas sociais e, ainda, que se molda a tais práticas.

Ao se adotar a perspectiva do *direito vivo*, é possível pensar a construção de direitos na dinâmica do espaço público e a construção de novos sentidos para os direitos já positivados. A atividade de criação de direitos sustenta-se sobretudo sob o pressuposto de que o “direito é maior que as fontes formais do direito”²⁵ pois engloba aspectos culturais, políticos, sociais, etc. Aqui, se configura uma situação que radicaliza ainda mais a posição de Lassale: se neste autor o direito se consolida no texto escrito, sendo informado por *fatores reais de poder* que lhes são anteriores, na perspectiva do *direito vivo* é possível pensar a construção de direitos independentemente de serem efetivamente positivados no texto escrito ou de dependerem de intervenção de qualquer instituição estatal ou jurídica. A partir desta matriz de interpretação, é possível elencar três elementos subjacentes à ideia de construção de direitos:

a) os fatores sociais são preponderantes na produção e transformação de normas jurídicas - entendendo-se como normas tanto as regras escritas quanto os princípios materiais que lhes são subjacentes -, e na produção e construção de novos direitos;

b) o campo da produção jurídica envolve o embate e conflito de opiniões, interesses e perspectivas sobre os fatos sociais;

25. Nesse contexto de ampliação das fontes do direito, é interessante o exemplo do art. 10 da Constituição Espanhola de 1978, in verbis: “A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhes são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e ao direito dos demais, são fundamentos da ordem política e da paz social” (Espanha, 1978). Observe que são princípios do Estado espanhol não somente o respeito à lei, mas também ao direito, o que revela a distinção acima realizada entre direito e lei. A Lei 9.784, que vige no Brasil desde 1999 e versa sobre o processo administrativo, também se insere nessa lógica ao prever, em seu art. 2º, par. único, I: “Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: I - atuação conforme a lei e o Direito” (Brasil, 1999)

c) o estabelecimento do consenso se apresenta como uma forma de cristalizar resultantes de conflitos e estabelecer sentidos para os novos direitos que deles decorrem.

Lawrence Friedman e Jack Ladinsky compartilham desta perspectiva ao refletirem sobre os processos de mudança do direito. Os autores, numa perspectiva normativa, sustentam que o direito deve, acima de tudo, responder às mudanças que ocorrem na sociedade. Tal assertiva se baseia no pressuposto de que os processos jurídicos “refletem os problemas sociais, as insatisfações coletivas, e a direção na qual se move a solução coletiva dos problemas, os interesses diversos e em conflito que se referem ao processo de tomada de decisões”.²⁶ Assim, os autores realizam uma distinção entre *mudança no direito* e *mudança através do direito*. A diferença entre as duas se encontra na abrangência de suas transformações: a primeira se restringe ao domínio puramente formal e interno do direito positivo, ou seja, às mudanças formais pelas quais o texto jurídico passa procedimentalmente ao logo do tempo. A segunda, por sua vez, implica uma mudança dos comportamentos dos indivíduos e em suas ações no cotidiano de suas práticas, o que enseja uma problematização do direito existente e aponta para a configuração de novos direitos orientados pelas mudanças sociais.

Na perspectiva de Habermas, o direito é visto como um *medium* entre os fatos que ocorrem no mundo cotidiano e as regras que os indivíduos criam em sociedade, ou seja, o direito se situa como mediador da tensão entre *facticidade* e *validade*. A tensão se estabelece na medida em que os critérios universalistas de validação do direito não se encontram necessariamente refletidos no âmbito das práticas sociais (factuais). Diante dessa assimetria, Habermas confere relevo à ação comunicativa na superação ou, ao menos, redução desse hiato. Assim, “o significado universalista da validade excede todos os contextos, mas apenas o ato vinculante local de aceitação permite aos critérios de validade lidarem com o fardo da integração social num contexto ligado as práticas cotidianas”.²⁷

O direito para Habermas se situa nesse espaço entre facticidade e validade, na medida em que não consiste num sistema fechado em si mesmo, o que possibilita uma abertura, inevitável, à ação comunicativa. Dentre os princípios do direito moderno, haveria princípios morais que não se confundem com as meras regras escritas. Desde modo, com a ideia de *ação*

26. FRIEDMAN, L. & LADINSKY, J. O direito como instrumento de mudança social incremental. In: SOUTO, C. & FALCÃO, J. (orgs.). *Sociologia e Direito*. São Paulo: Editora Pioneira, 1980, p. 207.

27. HABERMAS, J. *Between facts and norms* - contributions to a discourse theory of law and democracy. Cambridge: MIT Press, 1999, p. 21.

comunicativa de Habermas, “a função importante da integração social deriva das energias ilocucionárias vinculantes do uso da linguagem orientada para o alcance do entendimento”.²⁸ Essa abertura do direito à moral significa que ela está incorporada à própria racionalidade procedimental, residindo, aqui, a sua função integradora das mudanças que surgem ao longo do tempo.

Habermas, ao apresentar a ideia de *ação comunicativa* – segundo a qual o debate e o diálogo travados nos espaços públicos podem gerar ações políticas efetivas na dissolução dos conflitos e alcance de consensos –, tem por objetivo refletir sobre a formação da uma *vontade comum* e os processos e mecanismos de produção de legitimidade no mundo do direito. Deste modo, o diálogo surge como elemento essencial para se obter consenso e entendimento na esfera pública, constituindo-se como um dos caminhos mais viáveis para resolução de conflitos na arena política. Habermas sustenta que o referencial a ser adotado é o do diálogo, ou seja, “a comunicação na qual o sujeito tem que investir uma parte de sua subjetividade, não importando de que maneira isso pode ser controlável, no sentido de ser capaz de encontrar sujeitos conflitantes num nível intersubjetivo, que faz o entendimento possível”.²⁹ O espaço do conflito enquanto construção de sujeitos de forma intersubjetiva seria, nesta seara, o elemento fundamental para a aproximação entre *teoria e prática*, assunto amplamente dedicado por Habermas em diversos momentos de sua obra.

Além disso, “no modelo legal de validade, a facticidade da aplicação do direito é interligada à legitimidade da gênese do direito que clama por ser racional porque garante a liberdade”.³⁰ Assim, para Habermas, é o princípio da democracia que deve estabelecer um processo legítimo de produção de normas, ou seja, apenas através de um contexto democrático seria possível a constituição de normas que, além de positivas, fossem legítimas, de modo a permitir que as práticas sociais recebam efetivamente *status* jurídico formal.

No Brasil, a superação da concepção de direito como expressão da lei também encontrou eco no que se convencionou denominar de *doutrina brasileira da efetividade*, que possui, dentre os seus expoentes, o jurista Luis Roberto Barroso. O argumento central desta perspectiva consiste no seguinte: para além da *eficácia jurídica* que uma norma possui, ou seja, a sua possibilidade de produzir efeitos num ordenamento jurídico porque formalmente válida, é preciso refletir sobre a *eficácia social* das normas, ou

28. HABERMAS, J. Op. Cit., p. 08.

29. HABERMAS, J. *Theory and practice*. London: Heinemann, 1974, p. 11.

30. HABERMAS, J. Op. Cit., p. 28.

seja, a possibilidade de produzirem efeitos concretos no cotidiano das práticas dos atores sociais.

Ao partir do pressuposto de que *o direito existe para se realizar*, a ideia de efetividade significa o desenvolvimento concreto da função social do direito. “Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social”.³¹ Portanto, busca pensar o desenvolvimento dos direitos na prática, de modo a superar a perspectiva formalista que se traduz na mera *eficácia jurídica*. Isto se torna possível, inclusive, para pensar os direitos numa perspectiva não-positivista.

No que concerne ao estudo das estratégias reivindicativas dos direitos, a superação da “letra da lei” é fundamental. Podemos observar o *direito vivo* se desenvolve de várias maneiras, o que pode auxiliar na compreensão de como os cidadãos ativam as instituições jurídicas e quando ativam em contextos de oportunidades políticas. Além disso, as redes de solidariedade podem permitir a reflexão de novas formas de conceber e efetivar os direitos com estratégias oriundas de práticas sociais cotidianas. Portanto, o referencial da lei pode ser apenas mais um referencial das práticas coletivas reivindicativas.

3 CENTRALIDADE DO PODER JUDICIÁRIO NO PROCESSO DE REIVINDICAÇÃO E EFETIVAÇÃO DE DIREITOS

Os dois componentes anteriores – simbiose DTE e predominância da lei – não podem ser pensados isoladamente. De fato, podemos afirmar que estes componentes vieram aliados na modernidade a uma terceira concepção: a centralidade do Judiciário.

De “poder tímido”, o Judiciário contemporâneo passou a ocupar uma centralidade considerável no processo de resolução de conflitos e efetivação de direitos. Como exemplo desta “timidez” institucional, é possível citar Barão de Montesquieu,³² que concebe o Judiciário como um mero intérprete da lei. Diante da impossibilidade fática da “lei falar por si só”, seria preciso a figura de um ser humano para expressar o que consta em seu texto, além de também estabelecer o alcance desta norma. Este ser humano, por ser investido da autoridade estatal de resolver conflitos e efetivar direitos, deve aplicar a lei contendo-se à sua literalidade. Emblemática, aqui, é a ideia de que o Judiciário seria apenas a “boca da

31. BARROSSO, L. R.. Op. Cit., p. 82-83.

32. MONTESQUIEU, C. de S. O espírito das leis. São Paulo: Martins Fontes 1996.

lei”, ou seja, sua função seria a de mero verbalizador do texto jurídico, afastando qualquer tipo de subjetividade ou papel pró-ativo na realização do direito. Nesta perspectiva, a discussão sobre a legitimidade do direito relacionou-se ao seu reconhecimento enquanto norma jurídica exterior aos indivíduos, mas que se encontra, em certa medida, obrigatória e construída *a priori* por eles como *leis entre partes*. Sendo uma lei entre partes previamente constituída, caberia ao Judiciário apenas expressar essa lei, sem qualquer prerrogativa de mudança do seu conteúdo ou ampliação da sua titularidade a outros indivíduos.

No século XIX, Hans Kelsen também analisou o momento de aplicação do direito, conferindo pouco destaque e protagonismo ao Judiciário. O pressuposto essencial na hermenêutica jurídica em Hans Kelsen é o fato de que esta é “uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior”,³³ de modo a fixar um sentido para a norma. Depreende-se, daqui, que pode haver operações interpretativas em qualquer hierarquia (escalão) em que se encontre a norma; o que difere, na verdade, é o grau de liberdade da atividade hermenêutica. Mais especificamente, a interpretação dos órgãos aplicadores é denominada por Kelsen de *interpretação autêntica*, pois o resultado da interpretação seria um enunciado normativo vinculante e autoexplicativo.

Kelsen parte do princípio de que o direito regula a sua própria criação; logo, as regras regulam a maneira pela qual outras regras devem ser criadas. O sistema jurídico é uma estrutura piramidal na qual as normas de escalão superior regulam a criação das normas de escalão inferior. Portanto, a atividade interpretativa envolve aplicar as normas superiores nas inferiores. É essa estrutura escalonada que permite a unidade lógica e a completude da ordem jurídica. Neste sentido, a norma superior define quem e como criar a norma inferior. Ela determina não só o processo em que a inferior é feita, mas também, eventualmente, o conteúdo desta norma. Conseqüentemente, uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, mas sim porque é criada mediante um determinado procedimento formal. Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser direito desde que a norma inferior retire seu fundamento de validade da norma superior. Em outras palavras, o dever-ser da norma jurídica retira seu fundamento de validade sempre de um outro dever-ser: uma outra norma que lhe é superior.

Entretanto, o fato do critério de validade advir de uma norma superior não exclui uma relativa liberdade para o preenchimento do conteúdo da

33. KELSEN, H. Op. Cit., p. 463.

norma pelo aplicador do direito, ou seja, há sempre uma indeterminação relativa na regulação do conteúdo da norma, que pode ser de duas formas básicas:

- a) *intencional*, em que se concede à autoridade inferior um espaço de liberdade para resolver certas questões ou inovar;
- b) *não-intencional*, quando surge da pluralidade de significados das palavras ou do descompasso entre a real vontade da autoridade competente e a expressão lingüística da norma; ou, ainda, de *antinomias*³⁴.

De fato, apesar de todo o formalismo, o positivismo de Kelsen admite que a existência desta margem de indeterminação relativa é inerente à positividade das normas jurídicas. Sempre haverá matérias a serem decididas pela autoridade inferior e a necessidade da interpretação resulta do fato do sistema de normas sempre permitir algumas possibilidades. Portanto, a norma superior fornece apenas uma moldura à norma inferior, de modo que não regula totalmente o seu conteúdo porque o legislador não deseja e também não pode. Na medida em que a hierarquia da norma diminui, igualmente menor é a indeterminação em favor da estrutura da moldura e, conseqüentemente, diminui-se a esfera de liberdade para preencher esta moldura. Assim, observa-se que o que diferencia as normas é apenas o seu grau hierárquico, na medida em que não há uma diferença qualitativa entre elas.

Kelsen, em uma incursão essencialmente antropológica, nos mostra que o homem realiza duas atividades - uma racional e outra volitiva. A atividade racional do juiz contribui em dois sentidos: identifica a moldura adequada ao caso concreto e identifica as possibilidades de preenchimento desta moldura. Por outro lado, a decisão de qual alternativa usar para preencher é um ato de vontade, e não de conhecimento. Segundo a análise de Tércio Ferraz Jr. sobre Kelsen, o órgão interpretante define-lhe sentido, delineando limites e fronteiras através de um ato de vontade, ou seja, “trata-se de um ‘eu quero’ e não de um ‘eu sei’”.³⁵

Assim, nenhum modelo de interpretação poderia fornecer uma possibilidade correta, visto que o juiz está inserido em um campo simbólico de valores que regerão sua vontade. Em suma, o juiz cria direito e esta criação não é por um processo inteiramente racional, apesar de fortemente orientado por ele. Segundo Kelsen, a “questão de saber qual é, dentre

34. Segundo Bobbio, ocorre uma situação de antinomia quando “a situação que se verifica entre duas normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento jurídico e tendo o mesmo âmbito de validade” (Bobbio, 1992, p. 88)

35. FERRAZ, JR., T. S. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 262.

as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a correta, não é sequer – segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito”.

³⁶ Cumpre salientar que Kelsen reconhece que os atos de vontade estejam baseados em atos cognitivos de justificação racional.

Em Kelsen, o ideal de segurança jurídica seria uma ideologia na qual os cidadãos precisam acreditar. A ciência alimenta a ficção de que a norma jurídica permite apenas uma interpretação correta, e esta ficção serve ao positivismo tradicional no sentido de consolidar o ideal de segurança jurídica. Assim, “todos os métodos de interpretação até o presente elaborados conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto”. ³⁷ De fato, Kelsen concebe o direito não somente como um sistema estático de normas de conduta dirigidas aos jurisdicionados – tal qual o positivismo tradicional fazia –, mas também como um sistema dinâmico de regras que compõem a estrutura do ordenamento jurídico, conferindo poderes aos aplicadores para o estabelecimento de normas jurídicas, e fixando formas e procedimentos para tal atividade. Dessa concepção do direito como sistema dinâmico resulta a impossibilidade lógica de existência de lacunas.

Portanto, com Kelsen, esta visão de um Judiciário *passivo e mudo* passou a ser contestada. No cenário contemporâneo brasileiro, apesar de crítico ao positivismo kelseniano, ³⁸ o que se observa é a transformação de “Poder ‘mudo’ a Terceiro Gigante”, ³⁹ sobretudo a partir da mútua influência

36. KELSEN, H. Op. Cit., p. 469.

37. KELSEN, H. Op. Cit., p. 465.

38. WERNECK VIANNA, L. J.; CARVALHO, M. A. R. de; MELO, CUNHA, M. P. da; BURGOS, M. B. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: IUPERJ, 1997, p. 39.

39. Na análise de Luiz Werneck Vianna et al., “neste meio século que nos distancia do último conflito mundial, os três Poderes da conceituação clássica de Montesquieu se têm sucedido, sintomaticamente, na preferência bibliográfica e da opinião pública: à prevalência do tema do Executivo, instância da qual dependia a reconstrução do mundo arrasado pela guerra, e que trouxe centralidade aos estudos sobre a burocracia, as elites políticas e a máquina governamental, seguiu-se a do Legislativo, quando uma sociedade civil transformada pelas novas condições de democracia política impôs a agenda de questões que diziam respeito à sua representação, para se inclinar, agora, pelo chamado Terceiro Poder e a questão substantiva nele contida – Justiça” (Werneck Vianna et al., 1997, p. 24). A respeito do tema, Giselle Cittadino afirma: “a ampliação do controle normativo do Poder Judiciário no âmbito das democracias contemporâneas é tema central de muitas discussões que hoje se processam na ciência política, na sociologia jurídica e na filosofia do direito. O protagonismo recente dos tribunais constitucionais e cortes supremas não apenas transforma em questões problemáticas os princípios da separação dos poderes e da neutralidade política do Poder Judiciário, como inaugura um tipo inédito de espaço público, desvinculado das clássicas instituições político-representativas” (Cittadino, 2003, p. 17). Ao refletir sobre o protagonismo do Judiciário, Matthew Taylor sustentou: “é amplamente reconhecido que, embora o Judiciário não possua

entre direito e política, que foi possível em razão de uma série de fatores. A respeito do tema, Giselle Cittadino afirma que a ampliação do controle normativo do Judiciário no âmbito das democracias contemporâneas tem se tornado central em muitas análises da sociologia. A autora afirma que o protagonismo do Judiciário no Brasil “não apenas transforma em questões problemáticas os princípios da separação dos poderes e da neutralidade política do Poder Judiciário, como inaugura um tipo inédito de espaço público, desvinculado das clássicas instituições político-representativas”.⁴⁰ Ao refletir sobre o protagonismo do Judiciário, Matthew Taylor sustenta que o Judiciário não tem os poderes orçamentários do Legislativo ou os poderes coercitivos do Executivo, mas possui um “considerável poder político como depositário da fé pública nas regras do jogo. O Judiciário desempenha um papel central na determinação e aplicação de princípios tanto constitucionais quanto ideais, tais como o *Rechtsstaat* ou *état de droit*”.⁴¹

Principalmente pelos mecanismos de controle de constitucionalidade de leis, o Judiciário passou a fazer parte da formulação das mesmas juntamente ao Legislativo e, com a ampliação dos instrumentos processuais - tais como a ação civil pública, a ação popular e a ação de improbidade -, passou a exercer controle direto nas ações do Executivo e exercer papel proeminente na efetivação de direitos. Com isso, a política passou a fazer parte do mundo do direito, o que ensejou transformações consideráveis nos sentidos, ações, competências e atribuições das instituições jurídicas, de modo a polemizar a perspectiva kelseniana. No contexto brasileiro, por exemplo, a leitura de Luiz Werneck Vianna *et al.* denota que o protagonismo do Judiciário é “menos o resultado desejado por esse Poder, e mais um efeito inesperado da transição para democracia, sob a circunstância geral [...] de uma reestruturação das relações entre o Estado e a sociedade”.⁴²

A relevância institucional do Judiciário não se reduz ao âmbito da política. Num contexto *welfareano* em que há uma pluralidade de normas de eficácia plena e programática que visam, em algum grau, impor um dever de

‘nem a bolsa nem a espada’ -, ou seja, nem os poderes orçamentários do Legislativo nem os poderes coercitivos do Executivo -, ele tem um considerável poder político como depositário da fé pública nas regras do jogo. O Judiciário desempenha um papel central na determinação e aplicação de princípios tanto constitucionais quanto ideais, tais como o *Rechtsstaat* ou *état de droit*” (Taylor, 2007, p. 248).

40. CITTADINO, G. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, L. W. (org.). *Democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003, p. 17.

41. TAYLOR, M. O judiciário e as políticas públicas no Brasil. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, vol. 50, nº. 2, , 2007, p. 248.

42. WERNECK VIANNA, L. J.; CARVALHO, M. A. R. de; MELO, CUNHA, M. P. da; BURGOS, M. B. Op. Cit., p. 12.

agir ao Executivo, o Judiciário tem sido cada vez mais acionado em alguns países para resolver conflitos, efetivar direitos e implementar políticas públicas. Nesta linha, denomina-se como *judicialização* o termo que define o movimento de discussão, no campo do direito e com protagonismo do Judiciário, dos conflitos político-sociais. Tal perspectiva exprime que não somente os atores privilegiados se utilizam da via judicial para resolver *conflitos políticos*, tais como partidos políticos, chefes do Executivo, etc. Judicializar relações sociais envolve um processo muito mais amplo, que alça o Judiciário a referencial de resolução de *conflitos sociais*⁴³. É oportuna, aqui, a afirmação de Pogrebinski de que o “crescimento do papel político das cortes constitucionais consiste em uma oportunidade para a democracia exercer sua vocação experimentalista”⁴⁴

As concepções dos estudos de judicialização possuem um ponto em comum: a centralidade do juiz na efetivação dos direitos. Tais concepções vão além ao estabelecerem que, metodologicamente, as pesquisas realizadas no campo do direito também devem seguir o referencial judicial, o que alça o Judiciário a um verdadeiro *lugar privilegiado* de discussão de acadêmicos, profissionais do direito e atores políticos.

De fato, o direito brasileiro e, mais propriamente, os estudos sobre o direito brasileiro têm se debruçado sob a ótica judicial para refletir sobre seus processos de efetivação. Inclusive, mesmo numa perspectiva pós-positivista, os estudos de judicialização intensificaram este aprofundamento no estudo da dinâmica judicial, situando os demais atores e instituições jurídicas como meros coadjuvantes no âmbito da efetivação de direitos.

43. É possível atribuir a essa relevância institucional a alguns elementos, dentre os quais se destacam: a) a ampliação da possibilidade de controle de constitucionalidade exercido pelo Judiciário por meio da via concentrada (ex.: ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação de descumprimento de preceito fundamental, etc.) e pela via difusa (por meio incidentes processuais a serem julgados por de juízes monocráticos e tribunais); b) a intensificação dos mecanismos e estratégias de ampliação do acesso à justiça (ex.: Juizados Especiais Cíveis e Criminais, Justiça Itinerante, Defensoria Pública, etc.); c) o incremento do poder político que as associações de magistrados passaram a exercer no contexto brasileiro de efetivação de direitos, principalmente por meio de manifestos e estratégias de pressão (ex.: Associação dos Juizes Federais do Brasil, Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, Associação dos Magistrados Brasileiros, etc.). Tais fatores permitem reconhecer um reforço do papel institucional do Judiciário em tornar os direitos expressos formalmente em efetivamente exercidos pelos seus titulares.

44. Segundo Pogrebinski, isto poderia possibilitar “que se amplie o escopo da representação política e o espaço da sua aplicação, criando-se soluções institucionais que possibilitem fazer das cortes constitucionais instâncias efetivamente representativas, a despeito da inaplicabilidade do dispositivo eleitoral enquanto mecanismos de legitimação e accountability” (Pogrebinski, 2011, p. 175). Portanto, o referencial judicial, sobretudo no Brasil, passou a uma posição de destaque nas relações sociais.

É importante salientar que as concepções construídas pelos estudos de judicialização podem possuir limitações de diversas naturezas para pensar o Judiciário no Brasil. A assunção do juiz como a referencial primaz na efetivação do direito pode propiciar uma a supervalorização da dinâmica judicial. Tal valorização tem sido operada em detrimento de reflexões sobre outras formas jurídicas e não-jurídicas de aplicação e efetivação de direitos, a exemplo a mediação extrajudicial, e as ciências sociais podem contribuir sobremaneira para esta problematização.

Com isso, a perspectiva que enfatiza o movimento de judicialização, seja da política, seja das relações sociais, evidencia que o Judiciário passa a ocupar centralidade no processo de resolução de conflitos políticos e sociais. Como desdobramento, o papel de outras instituições jurídicas apresenta-se como um mero agente proponente de ações judiciais a um magistrado, que possui a competência jurisdicional para resolver o litígio. Assim, a centralidade teórica e metodológica do Judiciário nas reflexões contemporâneas pode contribuir para um verdadeiro “apequenamento” da relevância institucional da Advocacia, Ministério Público e Defensoria Pública, além de confundir o direito com o Judiciário ou, mais propriamente, com os entendimentos e concepções construídas no interior da dinâmica judicial. Deste modo, podemos refletir sobre os limites teóricos e metodológicos que podem se traduzir numa restrição às possibilidades concretas de efetivação de direitos por parte dos cidadãos de forma extrajudicial, e, no âmbito acadêmico, numa restrição às pesquisas que visam compreender a prática das instituições jurídicas. Com isto, podemos conceber diversas contribuições das ciências sociais.

Mais especificamente, é possível elencar dois limites que concernem à centralidade do juiz na compreensão do direito contemporâneo, sobretudo quando se considera a interface entre direito e política. Os *limites teóricos* dizem respeito aos desafios e insuficiências relacionados à reflexão sobre o direito no mundo contemporâneo, que assume o Judiciário como central para a efetivação dos direitos e, inclusive, para a atuação das demais instituições jurídicas. Os *limites metodológicos*, que, em muitos casos, estão diretamente associados aos limites teóricos, dizem respeito aos desafios que se apresentam às pesquisas sobre as instituições jurídicas, sobretudo em função da primazia que conferem às ações judiciais na efetivação de direitos.

Os *limites teóricos* exprimem os desafios e insuficiências relacionados à reflexão sobre o direito no mundo contemporâneo, pois assumem o Judiciário como central para a efetivação dos direitos e, inclusive, para a

atuação das demais instituições jurídicas. É possível elencar três limites teóricos elementares:

a) o *modelo adversarial* da dinâmica judicial, associado ao princípio da inércia da jurisdição;

b) a reflexão do juiz como um *órgão decisor individual* e solitário, sem dedicar especial atenção às decisões coletivas de colegiados; e

c) a ênfase no momento da *aplicação do direito posto*, deixando em segundo plano a construção e reconhecimento de novos direitos pelo juiz e também a construção de direitos não-postos e vigentes no âmbito societário.

No que concerne ao *primeiro limite*, o Judiciário tradicionalmente se constituiu a partir de um modelo adversarial, que pressupõe, em seu desenvolvimento, o princípio da inércia da jurisdição, que será explicada a seguir. A lógica jurídica pressupõe o modelo liberal clássico, em que o juiz é o centro no qual gravitam as duas partes. Bourdieu descreve adequadamente este cenário ao ressaltar que o campo jurídico representa a

confrontação de pontos de vista singulares, ao mesmo tempo cognitivos e avaliativos, que é resolvida pelo veredicto solenemente enunciado de uma “autoridade” socialmente mandatada, o pleito representa uma encenação paradigmática da luta simbólica que tem lugar no mundo social: nesta luta em que se defrontam visões do mundo diferentes, e até mesmo antagonistas, que, à medida de sua autoridade, pretendem impor-se ao reconhecimento, e, deste modo, realizar-se, está em jogo o monopólio do poder de impor o princípio universalmente reconhecido de conhecimento do mundo social, o *nomos* como princípio universal de visão e de divisão (*nemo* significa separar, dividir, distribuir), portanto, de *distribuição* legítima.⁴⁵

Como desdobramento, no Poder Judiciário reina a máxima latina *nemo iudex sine actore*, ou seja, *não há juiz sem autor*. Essa máxima evidencia que o Judiciário somente pode agir para a concretização de direitos mediante provocação de quem se sentir lesado pela ação ou omissão de outrem, de modo a adotar uma postura estática enquanto não for chamado à resolução de um litígio. O ordenamento jurídico brasileiro possui princípios que reforçam esta perspectiva e traduzem garantias para a inércia judicial, a exemplo do princípio do *juiz natural*⁴⁶ e o princípio da *inércia da jurisdição* ou

45. BOURDIEU. P. Op.. Cit., p. 236.

46. O princípio do juiz natural - expressamente previsto no art. 5º, XXXVII e LIII da CRFB - tem como conteúdo não apenas a prévia definição do órgão investido de poder jurisdicional de decisão sobre a causa (vedação aos tribunais de exceção, por exemplo), mas também a própria garantia de justiça material, isto é, a independência e a imparcialidade dos juizes

do *impulso oficial*⁴⁷. Ambos remetem à ideia de um poder estático que só age quando for chamado ao litígio por meio de provocação das partes, num contexto adversarial.

Por outro lado, observam-se limites em relação a este modelo adversarial. Primeiramente, este modelo parte do princípio de que as partes são antagonistas e, portanto, deve haver um órgão decisório com a possibilidade de definir qual delas será bem sucedida e qual sucumbirá, ou seja, será perdedora. Em segundo lugar, este modelo confere pouco destaque à formação de consenso, apesar da existência de algumas estratégias de conciliação, tendo em vista a própria necessidade jurídica de se definir um “vencedor”. Em terceiro lugar, este modelo estático retira do Judiciário a possibilidade de agir voluntariamente na efetivação de direitos explicitamente desrespeitados, a não ser quando ativado pelas partes. Os problemas sociais, apesar de jurídicos, podem não ser levados ao Judiciário por uma série de razões culturais, econômicas e institucionais. Por fim, esta estática abre a possibilidade de se pensar em instituições dinâmicas que não se encontram submetidas à inércia, sobretudo as que compõem as funções essenciais da justiça, tais como o Ministério Público e a Defensoria Pública, pois podem agir independentemente de provocação.

No que concerne ao *segundo* limite, observa-se uma sobrevalorização da aplicação do direito por um juiz individual e solitário, sem dedicar especial atenção às decisões coletivas de colegiados de magistrados. Os autores que se dedicaram a pensar o momento da aplicação do direito não assumiram a aplicação também por órgãos colegiados, mas tão somente por juízes singulares. Dentre os diversos autores, é possível destacar Hans

(impossibilidade de escolher o juiz ao qual será distribuída a ação, por exemplo). Os referidos dispositivos jurídicos versam o seguinte: “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: (...) XXXVIII - não haverá júízo ou tribunal de exceção (...); LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (Brasil, 1988)

47. O princípio da inércia da jurisdição – expressamente previsto no art. 2º do Código de Processo Civil - determina que o início do processo, em regra, seja somente por iniciativa das partes. Assim, faz-se necessária a petição inicial, que é o documento pelo qual o autor invoca a prestação jurisdicional e, a partir disso, o processo é regido por meio do impulso oficial provocado pelas partes no órgão jurisdicional. O referido dispositivo jurídico versa o seguinte: “Art. 2º Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais” (Brasil, 1973)

Kelsen,⁴⁸ Herbert Hart,⁴⁹ Antoine Garapon,⁵⁰ Richard Posner⁵¹ e Ronald Dworkin.⁵² Nestes autores, e em tantos outros, observa-se um fio condutor analítico: o juiz, e não o colegiado de juízes. Alguns se dedicam de forma mais aprofundada aos mecanismos formais de aplicação, ao passo que outros se dedicam a mecanismos substantivos. Porém, nestes autores, observa-se a figura do juiz singular como objeto analítico. Seja inserido em molduras formais em que possui relativa autonomia para julgar, seja orientado por princípios e valores compartilhados pela sociedade em que se insere, o juiz apresentado por estes autores caracteriza-se por ser um decisor solitário, isolado, que se encontra recluso em seu gabinete e cuja decisão é fortemente orientada por fatores externos, tais como princípios, regras, entendimentos jurisprudenciais, consciência, crenças, etc.

As insuficiências de uma abordagem desta natureza podem se traduzir pelo menos em dois aspectos. Primeiramente, esta abordagem confere destaque à racionalidade do magistrado sob o pressuposto do conhecimento absoluto das leis, jurisprudência e da sociedade em que vive. Trata-se de uma suposição frágil, na medida em que pode haver “elementos impremeditados da ação”⁵³ que influenciem diretamente no resultado da decisão judicial. Por isso, não é raro observar o surgimento de algumas perspectivas acadêmicas que buscam realizar uma discussão a partir da análise econômica das decisões, do consequencialismo decisional, etc. A racionalidade não é passível de controle analítico absoluto, pois a existência de elementos locucionários, ilocucionários e perlocucionários⁵⁴ na ação social problematizam o que efetivamente se pensou racionalmente pelo magistrado e as consequências racionais de suas ações. Da mesma forma, sobretudo num contexto fortemente dinâmico em que o direito se transforma por meio de normas, leis, entendimentos dos tribunais, princípios e concepções construídas socialmente, é absolutamente ilusório pressupor que o magistrado possui conhecimento absoluto e incontroverso das leis, jurisprudência e da sociedade em que vive. Diversas são as pesquisas que evidenciam a seletividade do processo de recrutamento de magistrados,

48. KELSEN, H. Op.. Cit.

49. HART, H.L.A. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenjian, 2001.

50. GARAPON, A. *Le Gardien des Promesses - le Juge et la Democratie*. Paris: Editions Odile Jacob, 1996.

51. POSNER, R. *The problems of jurisprudence*. Cambridge/London: Harvard University Press, 1990.

52. DWORKIN, R. *Law's empire*. London: Fontana Press, 1986.

53. GIDDENS, A. *Social theory and modern sociology*. Oxford: Polity Press, 1987.

54. HABERMAS, J. *Teoria de la accion comunicativa*. Madrid: Taurus ediciones, 1987.

inclusive no Brasil, que possuem características sociais e peculiaridades bastante próprias⁵⁵.

Em segundo lugar, esta abordagem que parte da premissa do juiz singular e solitário desconsidera a possibilidade de construção de consensos e/ou novas concepções a partir do embate argumentativo típico do colegiado. Segundo Bourdieu,

a interpretação da lei nunca é o ato solitário de um magistrado ocupado em fundamentar na razão jurídica uma decisão mais ou menos estranha, pelo menos na sua gênese, à razão e ao direito, e que agiria como hermeneuta preocupado em produzir uma aplicação fiel da regra, como julga Gadamer, ou que atuaria como lógico agarrado ao rigor dedutivo de seu 'método de realização', como queria Motulsky. Com efeito, o conteúdo prático da lei que se revela no veredicto é o resultado de uma luta simbólica entre profissionais dotados de competências técnicas e sociais desiguais, portanto, capazes de mobilizar, embora de modo desigual, os meios ou recursos jurídicos disponíveis, pela exploração das 'regras possíveis', e de os utilizar eficazmente, quer dizer, como armas simbólicas, para fazerem triunfar a sua causa; o efeito jurídico da regra, quer dizer, a sua significação *real*, determina-se na relação de força específica entre os profissionais, podendo-se pensar que essa relação tende a corresponder [...] à relação de força entre os que estão sujeitos à jurisdição respectiva.⁵⁶

Num contexto de debates e discussões, o magistrado deve sempre considerar a possibilidade real de contestação presencial e simultânea de suas ideias, de modo que deve qualificar melhor suas teses e decisões, além de estabelecer um contexto argumentativo que permita aos demais magistrados aderirem tais teses e decisões. Da mesma forma, o contexto colegiado de formação de consensos pode ampliar as possibilidades do magistrado qualificar o seu argumento e, até mesmo, de identificar limites e problemas para que possa modificá-lo.

No que concerne ao *terceiro* limite, as reflexões dos estudos de judicialização demonstram uma forte preocupação com o momento da aplicação do direito posto, deixando em segundo plano a construção e reconhecimento de novos direitos pelo juiz e também a construção de direitos não-postos, mas vigentes, no âmbito societário. Trata-se, então,

55. A este respeito recebe destaque a pesquisa de Werneck Vianna et al. (1997) sobre o perfil social do magistrado brasileiro, das suas opiniões e atitudes, sua trajetória profissional, e seu processo de recrutamento, assim como sobre a relação entre magistrado, Estado e sociedade. Trata-se de um trabalho pioneiro e fundamental, que analisa cerca de quatro mil questionários respondidos por juizes de todas as instâncias e regiões do país

56. BOURDIEU. P. Op.. Cit., p. 224-225.

de uma sobrevalorização da decisão judicial, em detrimento de outros processos, como o de formação de consenso e o estabelecimento de estratégias extrajudiciais.

Numa chave pluralista, observa-se a emergência de outros centros produtores de direito legítimo na sociedade moderna que não se confundem com o Estado, revelando a complexidade das relações sociais. Em outros casos, observa-se a construção de novas interpretações sobre o direito vigente, que não necessariamente remetem à interpretação oficial (e judicial). Situado no interior das contradições sociais, o direito espelha a estrutura social e as práticas sociais existentes. As ciências sociais permitem afirmar que as questões jurídicas não são questões descoladas da sociedade e, portanto, encontram-se amplamente relacionadas ao contexto social. Neste sentido, o Estado seria apenas mais um centro de produção de direitos e seus sentidos, existindo esferas não-estatais que produzem outras concepções de direitos e conteúdos para a sua efetivação. O momento da aplicação do direito pelo juiz, portanto, é apenas um dos múltiplos processos existentes de efetivação do direito posto e de construção de novas concepções e direitos. Subvalorizar ou negligenciar tal multiplicidade de processos implica inequivocamente num reducionismo analítico.

No que concerne aos limites metodológicos, observa-se uma subvalorização do Judiciário em relação às demais instituições jurídicas e sociais, tais como Ministério Público, Defensoria Pública, Conselhos participativos, etc. Tais instituições figuram, em boa parte das pesquisas, como meros proponentes de ações judiciais. O seu potencial extrajudicial de resolução de conflitos e, por conseguinte, as suas estratégias que evitam a judicialização, passam a não ser captados, analisados e compreendidos a partir de pesquisas que privilegiam a reflexão sobre as ações judiciais.

Mais precisamente, não é raro observar pesquisas sobre concepções de tribunais acerca de determinada matéria, ou então pesquisas que adotam contraposições de entendimentos entre tribunais e, até mesmo, pesquisas que investigam quantitativamente o número de ações judiciais propostas. Além disso, as pesquisas que buscam refletir sobre as demais instituições jurídicas, em geral, as assumem como proponentes de ações judiciais, tais como as pesquisas sobre o número de ações civis públicas propostas pelo Ministério Público ou o número de atendimentos judiciais realizados pelas Defensorias Públicas.

Tais pesquisas adotam o Judiciário como central no processo de resolução de conflitos políticos e sociais. Como desdobramento, o papel de outras instituições se reduz à mera proposição de ações judiciais a um

magistrado, que possui a competência jurisdicional para resolver o litígio. Porém, de fato existem outras formas de atuação das instituições jurídicas que não remetem necessariamente a um processo de judicialização, mas que ainda assim realizam uma discussão jurídica sobre os conflitos e as relações sociais, o que revela um movimento de *juridicização da política e das relações sociais*⁵⁷. Reside, aqui, uma outra forma de pensar as instituições jurídicas que busca extrapolar o raciocínio juiz-centrado de efetivação de direitos e implementação de políticas públicas, de modo a pensar em outras práticas desenvolvidas pelas instituições jurídicas.

De fato, o que se observa no cenário contemporâneo é uma pluralidade de instituições, atores e intérpretes que também atuam decisiva e legitimamente na construção e garantia de direitos. O Judiciário, portanto, se apresenta somente como mais um desses atores, cuja proeminência, verdadeiramente, advém de suas competências e atribuições constitucionais, principalmente no que concerne à resolução de conflitos. Porém, é preciso considerar que há outras formas de envolvimento de instituições jurídicas e sociais que não necessariamente ensejam a *judicialização* dos conflitos. As ciências sociais podem contribuir sobremaneira para esta análise.

Considerando que a estratégia privilegiada de algumas instituições e cidadãos pode ser o diálogo num processo contínuo de concessões recíprocas, podemos observar que as relações sociais podem sofrer tanto uma *juridicização* (conflitos que não são levados ao Judiciário, mas que são discutidos sob o ponto de vista jurídico, principalmente em estratégias extrajudiciais) quanto uma *judicialização* (conflitos que são levados ao Judiciário na forma de ação judicial ou algum outro instrumento processual). Na medida em que há diversas instituições jurídicas (Ministério Público, Defensoria Pública, etc.) e cidadãos que não se utilizam necessariamente do Judiciário para realizar suas ações, observa-se um contexto em que os conflitos são discutidos sob o prisma do direito, mas evita-se levar o conflito ao Judiciário – isto é, evita-se a *judicialização* do conflito.

Logicamente, existem também fatores internos ao Judiciário que podem influir nesta valorização da extrajudicialidade. Dentre algumas, podemos destacar as seguintes:

- a) no caso de direitos coletivos, haveria juízes com receio de julgar ações com grande repercussão econômica;
- b) haveria tribunais relutantes em julgar ações coletivas de forma não-conservadora;

57. Para uma análise mais aprofundada da ideia de juridicização, ver Asensi (2010)

c) haveria pouca sensibilidade à especificidade dos direitos sociais, tais como o direito à saúde e à educação;

d) haveria problemas estruturais e culturais no que concerne ao acesso ao judiciário;

e) haveria problemas de morosidade e de transferência da decisão ao órgão judicial, etc.⁵⁸

Assim, outros espaços podem ser adotados como esferas de composição de conflitos que objetivem, em maior ou menor grau, a se afastar de uma estrutura de funcionamento similar à do Judiciário. Tais espaços extrajudiciais têm adotado, por vezes, estratégias de mediação, pactuação e negociação fundamentalmente céleres e que visam, em certa medida, a atuar na efetivação de direitos existentes e na construção de novos direitos. Isso reconfigura e tensiona a própria perspectiva de *judicialização* e chama atenção, de forma bastante clara, para as atuações extrajudiciais. O âmbito extrajudicial pode inaugurar e conferir realce a outros personagens que, em virtude de suas estratégias de ação, são decisivos na efetivação dos direitos, ganhando relevo as práticas sociais.

De fato, assim como o direito não se reduz à lei, o ator que efetiva direitos não é somente o juiz. O que se observa no cenário contemporâneo é uma pluralidade de instituições, atores e intérpretes que também atuam decisiva e legitimamente na construção e garantia de direitos. O Judiciário, portanto, pode se apresentar somente como mais um desses atores, cuja aparente proeminência advém de suas competências e atribuições constitucionais, principalmente no que concerne à resolução de conflitos.

Neste sentido, os processos de efetivação de direitos podem ensejar o reconhecimento de que a “interpretação constitucional não é um ‘evento exclusivamente estatal’, seja do ponto de vista teórico, seja do ponto de vista prático”.⁵⁹ Pelo contrário, Peter Häberle sustenta que a Constituição deve ser vista enquanto um “processo público”.⁶⁰ Neste sentido, a Constituição não estrutura apenas o Estado em sentido estrito, mas também a própria esfera pública, “dispondo sobre a organização da própria sociedade e, diretamente, sobre setores da vida privada, não pode tratar as forças sociais e privadas como meros objetos. Ela deve integrá-las ativamente enquanto sujeitos”.⁶¹ A via judicial como forma de compreensão do direito, além de

58. ASENSI, F.D. Op. Cit.

59. HÄBERLE, P. *Hermenêutica constitucional* – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 23.

60. HÄBERLE, P. OP. Cit., p 32.

61. Segundo Peter Häberle, “Povo’ não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no

reducionista, pode apresentar-se como fortemente assimétrica em relação às diversas instituições jurídicas.

Parafraseando Häberle, a ampliação do círculo de intérpretes associada ao âmbito extrajudicial pode inaugurar e conferir realce a outros personagens que, em virtude de suas estratégias heterogêneas de ação, podem ser decisivos na efetivação de direitos. Em muitos casos, o âmbito extrajudicial pode servir como canal para a construção conjunta de entendimentos e concepções com estas instituições num contexto de maior simetria. Este “mundo para além do processo” permite aos atores romper barreiras, pensar em inovações criativas, estabelecer novos parâmetros e referenciais de atuação, e estratégias diversificadas para a efetivação dos direitos e garantias. São exemplos evidentes desta extrajudicialidade as atividades de consultoria que prestam o advogado, a criação de estratégias de mediação, a implementação de canais de comunicação com as demais instituições, etc.

Neste sentido, ir além da judicialização parece ser uma estratégia importante para qualquer pesquisa sobre estratégias de reivindicação de direitos. A heterogeneidade das práticas sociais reivindicativas dos direitos permite pensar o Judiciário como apenas uma das estratégias concebidas pelos cidadãos no cotidiano de suas práticas sociais. De fato, os atores sociais podem produzir e constituir estratégias diversas e, ao longo do seu desenvolvimento, ativarem a institucionalidade estatal em função de diversos motivos particulares ou coletivos.

CONCLUSÃO

É evidente que Direito e Política encontram-se abraçados pois, tanto um quando o outro, exercem mútua influência, tanto é que as ciências sociais permitiram ao direito pensar em suas três bases de sustentação.

Como foi citado neste trabalho três bases que permitem uma análise interdisciplinar entre direito e política, que são: a associação “umbilical” entre direito, território e Estado; a assunção da lei como fonte primária e predominante do direito; a centralidade do Poder Judiciário no processo de reivindicação e efetivação de direitos.

dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão. A sua competência objetiva para a interpretação constitucional é um direito de cidadania” (Häberle, 1997, p. 37)

Assim, através destas três bases, é permitido analisar de forma coerente a possibilidade e modo de reivindicação de direitos.

A efetivação de direitos passa por estas bases citadas. A criação de Estados modernos, com um forte sentido de nacionalismo permitiu que estes mesmos Estados (principalmente os europeus) a criação de um senso de segurança jurídico-institucional.

Ficou evidenciado o Estado como fonte primária de criação de direitos pois foi na sua constituição, com o seu elemento de soberania, que passou-se cada Estado Nacional criar sua própria legislação.

Mas indo além da questão da soberania, outras veias além das leis, como a política, fazem pulsar o “corpo” Direito.

Pode-se ainda demonstrar que existe um direito vivo, que ao contrário da “letra da lei” pode impulsionar não só a criação legislativa, mas também mecanismos de reivindicação de direitos.

Desta feita, não se deve pensar apenas no Poder Judiciário como ponto fulcral de reivindicação de direitos. Os atores sociais podem produzir e constituir estratégias diversas e, ao longo do seu desenvolvimento, ativarem a institucionalidade estatal em função de diversos motivos particulares ou coletivos.

REFERÊNCIAS

ASENSI, F. D. Indo além da judicialização – O Ministério Público e a saúde no Brasil. Rio de Janeiro: FGV, 2010.

ANDERSON, B. Imagined communities - reflections on the origin and spread of nationalism. New York: Verso, 1983.

BARROSO, L. R. O Direito Constitucional e Efetividade de suas Normas - limites e possibilidade da constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, C. P. de & SARMENTO, D. (Orgs.). Direitos sociais - fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. Curso de direito constitucional contemporâneo - os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

- BOBBIO, N. A era dos direitos. Rio de Janeiro, Campus, 1992.
- _____. Teoria do ordenamento jurídico. Brasília: UNB, 1994.
- _____. O positivismo jurídico. São Paulo: Ícone, 1995.
- BOURDIEU, P. O poder simbólico. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.
- CARBONNIER, J. As hipóteses fundamentais da sociologia jurídica teórica. In: SOUTO, C. & FALCÃO, J. (Orgs.). Sociologia e Direito. São Paulo: Editora Pioneira, 1980.
- CITTADINO, G. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, L. W. (org.). Democracia e os três poderes no Brasil. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.
- DURKHEIM, E. Lições de sociologia. São Paulo: T.A. Queiroz, 1983.
- DWORKIN, R. Law's empire. London: Fontana Press, 1986.
- EHRlich, E. O estudo do direito vivo. In: SOUTO, C. & FALCÃO, J. (orgs.). Sociologia e Direito. São Paulo: Editora Pioneira, 1980.
- FERRAZ, JR., T. S. Introdução ao estudo do direito. São Paulo: Atlas, 2003.
- FRIEDMAN, L. & LADINSKY, J. O direito como instrumento de mudança social incremental. In: SOUTO, C. & FALCÃO, J. (orgs.). Sociologia e Direito. São Paulo: Editora Pioneira, 1980.
- GARAPON, A. Le Gardien des Promesses - le Juge et la Democratie. Paris: Editions Odile Jacob, 1996.
- GIDDENS, A. Social theory and modern sociology. Oxford: Polity Press, 1987.
- HABERMAS, J. Between facts and norms - contributions to a discourse theory of law and democracy. Cambridge: MIT Press, 1999.
- _____. Theory and practice. London: Heinemann, 1974.
- HART, H.L.A. O conceito de direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenjian, 2001.
- HÄBERLE, P. Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

KELSEN, H. Teoria pura do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KUHN, T. The structure of scientific revolutions. Chicago: University of Chicago Press, 1962.

_____. A estrutura das revoluções científicas. São Paulo: Perspectiva, 2005.

LASSALE, F. A essência da constituição. Rio de Janeiro: Ed. Liber Juris, 1988.

LUHMANN, N. Sociologia do direito. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. Law as a social system. Oxford/New York: Oxford University Press, 2004.

MANN, T. The sources of social power (vol. 1). Cambridge: Cambridge University Press, 1986.

MARX, K. A. A questão judaica. São Paulo: Centauro, 2003, p. 252.

MONTESQUIEU, C. de S. O espírito das leis. São Paulo: Martins Fontes 1996.

POGREBINSCHI, T. O enigma do político – Marx contra a política moderna. Tese (Doutorado em Ciência Política) - IUPERJ, Rio de Janeiro, 2007.

_____. O enigma do político – Marx contra a teoria política moderna. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2009.

TAYLOR, M. O judiciário e as políticas públicas no Brasil. Dados – Revista de Ciências Sociais, vol. 50, nº. 2, , 2007.

POSNER, R. The problems of jurisprudence. Cambridge/London: Harvard University Press, 1990.

TOCQUEVILLE, A de. O antigo regime e a revolução. Brasília: Editora da UnB, 1979.

WERNECK VIANNA, L. J.; CARVALHO, M. A. R. de; MELO, CUNHA, M. P. da; BURGOS, M. B. Corpo e alma da magistratura brasileira. Rio de Janeiro: IUPERJ, 1997.

CAPÍTULO 18

O “REPORTANTE” NA PERSPECTIVA DO DIREITO BRASILEIRO

FERNANDO MENEZES DE ALMEIDA

Professor titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
Doutor e livre-docente pela mesma Faculdade. Professor visitante da
Université de Lyon (França).

INTRODUÇÃO

Com satisfação, junto-me à justa homenagem prestada ao Prof. Toshio MUKAI, cuja obra e cuja ação pessoal de doutrinador tanto têm contribuído para o desenvolvimento do direito brasileiro, especialmente em matéria de direito administrativo, ambiental e urbanístico. Nesse sentido, apresento breve estudo¹ sobre tema que me parece relevante para o atual estágio das discussões jurídicas no Brasil, especialmente no momento em que se busca aprimorar instrumentos de combate à corrupção ou outros desvios quanto à probidade administrativa.

Trata-se do instituto do “reportante” – expressão ainda não consagrada no português jurídico, mas que corresponde ao francês “lanceur d’alerte”, ou ao inglês “whistleblower”.

O presente artigo tem por objetivo apresentar, de modo sucinto, como o direito brasileiro possui bases constitucionais para a tutela do reportante, bem como disciplina algumas situações análogas às que, em outros direitos, fazem incidir regras sobre a matéria, chegando hoje ao

1. Originalmente produzido sob a forma de pesquisa decorrente de parceria com a Universidade de Lyon. A versão francesa da pesquisa, que dá base a este texto, está publicada em obra organizada por Mathieu DISANT e Delphine POLLET-PANOUSSIS, referida na bibliografia.

ponto de amadurecer a discussão da adoção de um tratamento legislativo específico do tema.

1 AS BASES CONSTITUCIONAIS

No direito brasileiro vigente – tradicionalmente muito receptivo a modelos originários de países que compartilham a mesma visão política decorrente do constitucionalismo ocidental² e em geral rapidamente permeável a novos conceitos surgidos nesses países, especialmente em tempos de globalização – a noção de reportante, de modo que se poderia dizer surpreendente, ainda não aparece nos textos legislativos.

Contudo, esse compartilhar dos princípios do constitucionalismo ocidental permite constatar que no Brasil, hoje, há base constitucional para uma legislação sobre a proteção do reportante.

A proteção jurídica do reportante deriva da noção mais geral da proteção da liberdade de expressão, agregando a esta aspectos mais específicos e mais rigorosos de defesa do indivíduo que ao exprimir suas ideias, atua em benefício do interesse público, trazendo ao conhecimento geral uma informação relevante sobre ilegalidades praticadas por agentes públicos ou privados, ou sobre a potencial nocividade de suas ações.

O Brasil, especialmente sob o regime da Constituição vigente, preza a liberdade de expressão do pensamento, vedando qualquer forma de censura (ver principalmente: Constituição, art. 5º, IV, V, VI, IX, X, XIV e art. 220).

Assim, toda expressão de pensamento – política, artística, jornalística, científica, religiosa, etc. – é amplamente assegurada, cabendo, via de regra, apenas a restrição que venha a ser imposta judicialmente sob a forma de responsabilização civil por abusos. Excepcionalmente, a jurisprudência admite a vedação completa da manifestação do pensamento apenas em casos extremos nos quais o exercício da (pretensa) liberdade de expressão

2. O Brasil enquadra-se bem na adoção ideológica do constitucionalismo, nas três dimensões (mesmo a strictissimo sensu) sistematizadas por Michel TROPER (*Pour une théorie juridique de l'État*. Paris: PUF, 1994, pp. 203/204): a) lato sensu, é a idéia difundida a partir do século XVIII, de que todo Estado deve ter uma constituição como modo de impedir o despotismo; b) stricto sensu, é a idéia de que não apenas uma constituição é necessária, mas que ela deve fundar-se sobre certos princípios, voltados a se evitar o despotismo, ou, o que não é exatamente o mesmo, a se garantir a liberdade política; tais princípios – e nesse aspecto a ideologia do constitucionalismo comporta variações – podem ser os seguintes ou alguns deles: a separação de poderes, a distinção entre poder constituinte e poderes constituídos, o governo representativo, o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis; c) strictissimo sensu, é a idéia segundo a qual o resultado desejado (liberdade política ou impossibilidade do despotismo) só pode ser atingido se dentre os princípios acima indicados figurar o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis.

deixe de caracterizar-se como tal, implicando (verdadeiramente) a prática de crime³.

Todavia, a proteção do reportante vai além da simples garantia de que possa expressar seu pensamento.

Dada a compreensão de que, implícita na noção de reportante, existe uma postura de denúncia, em nome do interesse geral, contra atos nocivos a outros indivíduos ou à sociedade em geral, praticados por agentes públicos ou privados, é preciso proteger o reportante em relação às retaliações físicas ou morais que possa vir a sofrer por parte do denunciado.

Nesse sentido, apesar de ser fundamental a garantia constitucional da liberdade de expressão de pensamento, ela não basta para caracterizar um regime jurídico de proteção do reportante.

De todo modo, há base constitucional para que se desenvolva no País uma tutela específica dessa figura.

Com efeito, nada há na Constituição que condicione ou constranja o exercício da liberdade de expressão, sobretudo se exercida de boa-fé – como é o pressuposto conceitual internacionalmente aceito para a atuação do reportante – e tendo por objeto a difusão de informações de interesse público.

Nem mesmo a previsão constitucional de que, como consequência da liberdade de expressão, “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem” (Constituição, art. 5º, IV e V), seria um impedimento à livre ação do reportante.

Isso porque, de um lado, a existência de direito de resposta não é incompatível com um regime que proteja o reportante, nem reduz a sua

3. É exemplar dessa questão o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal (competente para o julgamento de matéria constitucional), de um importante leading case (Habeas Corpus n. 82.424), no qual se condenou pelo crime de racismo (tão grave no Brasil a ponto de ser considerado imprescritível pela Constituição) um autor de livros de ideologia nazista, que negavam o holocausto havido na Segunda Grande Guerra e continham afirmações discriminatórias contra judeus. No entanto, mesmo nesse caso alguns Ministros (como são chamados os juízes do Supremo Tribunal Federal), em posição minoritária (note-se que, no Brasil, os votos minoritários no julgamento dos tribunais são declarados), chegaram a afirmar a preeminência da liberdade de expressão na Constituição brasileira, de modo a entender que, em seu nome, não haveria de se limitar as publicações em questão, nem sancionar penalmente seu autor. Essa posição não prevaleceu: afinal o Tribunal afirmou o caráter não absoluto da liberdade de expressão de pensamento. Mas o simples fato de ter havido divergência sobre a questão é emblemático da importância que se dá a essa liberdade no Brasil. Sobre o caso, ver LAFER, Celso. A internacionalização dos direitos humanos – Constituição, racismo e relações internacionais. Barueri: Manole, 2005, pp. 89/120.

atuação – pelo contrário, a possibilidade de confronto de ideias é inerente a um direito liberal e democrático.

E, de outro lado, a indenização que o eventual ofendido pela divulgação de informações poderia pleitear – tal como em tese previsto na Constituição – não parece que tenha o poder de constranger o reportante. De rigor, a considerar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é provável que um reportante, efetivamente agindo de boa-fé (como é pressuposto) fique imune da responsabilidade por indenizar o suposto ofendido.

Dois recentes julgados do Supremo Tribunal Federal, que podem também ser considerados *leading cases* na matéria.

Em primeiro lugar, um caso em que se reforçou a garantia da liberdade de expressão, por meio de livros de conteúdo histórico e biográfico de pessoas que se dedicam a uma vida pública (seja no meio político-governamental, seja no meio artístico-cultural).

Verifiquem-se trechos da ementa do acórdão:

“[...] 2. O objeto da presente ação restringe-se à interpretação dos arts. 20 e 21 do Código Civil relativas à divulgação de escritos, à transmissão da palavra, à produção, publicação, exposição ou utilização da imagem de pessoa biografada. 3. A Constituição do Brasil proíbe qualquer censura. O exercício do direito à liberdade de expressão não pode ser cerceada pelo Estado ou por particular. 4. O direito de informação, constitucionalmente garantido, contém a liberdade de informar, de se informar e de ser informado. O primeiro refere-se à formação da opinião pública, considerado cada qual dos cidadãos que pode receber livremente dados sobre assuntos de interesse da coletividade e sobre as pessoas cujas ações, público-estatais ou público-sociais, interferem em sua esfera do acervo do direito de saber, de aprender sobre temas relacionados a suas legítimas cogitações.[...]” (STF, ADI 4.815, Relatora Min. Cármen Lúcia, julgado em 10.6.15 – disponível em: <<http://redir.stf.jus.br>>)

Em segundo lugar, um caso em que se afasta o cabimento de indenização a pessoa que se sinta ofendida pela divulgação de informação e por crítica (mesmo que severa) de caráter jornalístico – o que, diga-se, guarda clara analogia com a situação do reportante.

Também para esse caso, eis trechos da ementa:

“[...] A liberdade de imprensa, enquanto projeção das liberdades de comunicação e de manifestação do pensamento, reveste-se de conteúdo abrangente, por compreender, dentre outras prerrogativas relevantes que lhe são inerentes, (a) o direito de informar, (b) o direito de

buscar a informação, (c) o direito de opinar e (d) o direito de criticar. - A crítica jornalística, desse modo, traduz direito impregnado de qualificação constitucional, plenamente oponível aos que exercem qualquer atividade de interesse da coletividade em geral, pois o interesse social, que legitima o direito de criticar, sobrepõe-se a eventuais suscetibilidades que possam revelar as pessoas públicas ou as figuras notórias, exercentes, ou não, de cargos oficiais. - A crítica que os meios de comunicação social dirigem às pessoas públicas, por mais dura e veemente que possa ser, deixa de sofrer, quanto ao seu concreto exercício, as limitações externas que ordinariamente resultam dos direitos de personalidade. - Não induz responsabilidade civil a publicação de matéria jornalística cujo conteúdo divulgue observações em caráter mordaz ou irônico ou, então, veicule opiniões em tom de crítica severa, dura ou, até, impiedosa, ainda mais se a pessoa a quem tais observações forem dirigidas ostentar a condição de figura pública, investida, ou não, de autoridade governamental, pois, em tal contexto, a liberdade de crítica qualifica-se como verdadeira excludente anímica, apta a afastar o intuito doloso de ofender.[...]” (STF, AI 705.630 AgR, Relator Min. Celso de Mello, julgado em 22.3.11 – disponível em: <<http://redir.stf.jus.br>>.)

De fato, esses julgados afirmam teses que implicam um importante reforço para o que possa vir a ser, no Brasil, a tutela do reportante.

2 O DIREITO INFRACONSTITUCIONAL

Conforme já afirmado, se, por um lado, a Constituição brasileira oferece um quadro compatível com a tutela do reportante, por outro lado, o direito infraconstitucional no país ainda carece de um tratamento específico do tema.

Contudo, alguns textos legais podem ser lembrados, como já trazendo regras análogas ou próximas às de um regime do reportante.

No âmbito das relações de trabalho privadas, o Brasil adotou a Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho (pelo Decreto n. 1.855/96).

Dessa Convenção decorre a impossibilidade de servir como causa para o término da relação de trabalho o fato de o trabalhador “apresentar uma queixa ou participar de um procedimento estabelecido contra um empregador por supostas violações de leis ou regulamentos, ou recorrer perante as autoridades administrativas competentes” (art. 5º).

Ainda quanto a normas de tratados internacionais incorporados ao direito interno brasileiro, agora no âmbito das relações envolvendo

agentes públicos, o Brasil adotou (pelo Decreto n. 4.410/02) a Convenção Interamericana contra a Corrupção, originária do sistema da Organização dos Estados Americanos.

Essa Convenção prevê, dentre medidas preventivas à corrupção, cuja adoção deve ser considerada pelos Estados Partes, “sistemas para proteger funcionários públicos e cidadãos particulares que denunciarem de boa-fé atos de corrupção, inclusive a proteção de sua identidade” (art. 3º, 8).

E o Brasil também é subscritor da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, a qual foi incorporada ao direito brasileiro pelo Decreto n. 5.687/06.

Tal Convenção, no mesmo sentido da Convenção Interamericana, prevê que “cada Estado Parte considerará a possibilidade de incorporar em seu ordenamento jurídico interno medidas apropriadas para proporcionar proteção contra todo trato injusto às pessoas que denunciem ante as autoridades competentes, de boa-fé e com motivos razoáveis, quaisquer feitos relacionados com os delitos qualificados de acordo com a presente Convenção” (art. 33).

Dispõe também que os Estados Partes devam fomentar que pessoas e grupos originários da sociedade civil tenham “a liberdade de buscar, receber, publicar e difundir informação relativa à corrupção” (art. 13, 1, d).

De todo modo, os comandos contidos nas Convenções OEA e ONU acima citadas têm por resultado não a aplicação direta da regra protetiva aos indivíduos, mas sim uma indicação aos Estados de que “considerem” a criação, internamente em seus direitos, de sistemas de proteção desses indivíduos (reportantes).

Para além das convenções internacionais, o direito brasileiro já possui algumas regras análogas às de um regime protetivo do reportante.

Em primeiro lugar, o direito brasileiro – aliás, desde o tempo em que vigoravam aqui as “Ordenações do Reino” (de Portugal) – tem por tradição acolher institutos próximos da ação popular originária do antigo Direito Romano⁴.

A configuração atual da ação popular ganhou contornos mais precisos com a Constituição de 1934 e, permanecendo nas demais Constituições – com a exceção da Constituição do regime ditatorial de 1937 – até chegar à Constituição vigente (1988), com o seguinte texto: “qualquer cidadão é

4. Para uma abrangente análise da matéria, ver SILVA, José Afonso da. *O constitucionalismo brasileiro – evolução institucional*. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 202/213. Ver também RAMOS, Elival da Silva. *A ação popular como instrumento de participação política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência” (art. 5º, LXXIII).

Essa ação, pela qual qualquer cidadão pode propor ação perante o Poder Judiciário em defesa do interesse público – e não de seus interesses individuais –, como decorre do dispositivo constitucional acima citado, é disciplinada pela Lei n. 4.717/65.

Um segundo exemplo é a recente lei conhecida como “Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/11). Essa Lei foi editada no contexto de intensas reivindicações da sociedade por mais transparência por parte da administração pública, já num quadro político que prenunciava as grandes mobilizações de cidadãos, com reflexos nos meios políticos parlamentares, as quais culminaram com o impeachment da Presidente da República em 2016.

E essa Lei tem por objetivo principal assegurar a qualquer pessoa o acesso a informações públicas – com a ressalva de informações que, segundo o regime da Lei, excepcionalmente recebam algum grau de tratamento sigiloso – que estejam em poder de órgãos estatais ou mesmo de pessoas privadas, sem fins lucrativos, que recebam recursos públicos para a realização de ações de interesse público.

A Lei de Acesso à Informação não é propriamente uma lei que tutele a posição do reportante, mas cria importantes regras instrumentais para sua atuação.

E, num caso específico, essa Lei tangencia mais propriamente a proteção do reportante, ao fazer introduzir, por seu art. 44, uma regra na Lei aplicável aos servidores públicos federais (Lei n. 8.112/90): “Art. 126-A. Nenhum servidor poderá ser responsabilizado civil, penal ou administrativamente por dar ciência à autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, a outra autoridade competente para apuração de informação concernente à prática de crimes ou improbidade de que tenha conhecimento, ainda que em decorrência do exercício de cargo, emprego ou função pública”.

Lembre-se também⁵ o caso da Lei n. 9.807/99, que trata de “programas especiais de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas,

5. Acompanhando Luiz Fernando Bugiga REBELLATO Em trabalho acadêmico intitulado “Lanceur d’ alerte: uma análise francobrasileira”, apresentado no programa de pós-graduação da Faculdade de Direito da USP e ainda não publicado.

como forma de se amenizar ou excluir os riscos e gravames experimentados pelos depoentes diante das contribuições prestadas com as investigações”. Observa o referido autor que nessa Lei “não há uma previsão específica para a figura do ‘lanceur d’alerte’ [...] Todavia, à míngua de uma previsão legal específica, entende-se que o sistema de proteção da Lei n.º 9.807/1999 poderá ser invocado para se conceber a proteção ao “lanceur d’ alerte” que, em uma investigação ou processo criminal (diante da previsão expressa do artigo 1º do referido Diploma Legal), esteja sofrendo coação ou exposto a grave ameaça”.

Nota-se, nesses exemplos, que o tema do reportante, mesmo que de modo não explícito, encontra-se presente em estado embrionário no direito brasileiro, possuindo um potencial de desenvolvimento que começará a ser transformado em ação por força de uma situação que vem convulsionando politicamente – em um sentido positivo – o Brasil nos últimos anos.

3 CONTEXTO ATUAL DE COMBATE À CORRUPÇÃO

Conforme amplamente divulgado pela imprensa mundial, o Brasil passa atualmente por um processo nunca antes vivido em sua história – ao menos não nessa intensidade – de efetiva apuração de denúncias e punição judicial de atos de corrupção⁶.

Que a corrupção tenha raízes históricas na formação da sociedade brasileira, desde os tempos de sua colonização, isso é um fato sabido e muito estudado em diversas e competentes perspectivas sociológicas e políticas⁷.

O índice de percepção da corrupção, publicado em 2017 pela Transparência Internacional⁸, mostra o Brasil em 96ª posição – queda de 20 posições em relação a 2015 –, com índice 37/100. E não apenas sua posição relativa é muito ruim (96 em 180 países), como a sua pontuação absoluta (37 em 100) está muito abaixo da média⁹.

A novidade na vida política brasileira, no entanto, é estar havendo, pelas vias da plena normalidade institucional, uma ampla apuração judicial

6. Empregando-se aqui a expressão “corrupção” em um sentido amplo, como fazem as Convenções Internacionais acima citadas, além do sentido estrito do tipo penal de “corrupção” previsto no direito brasileiro.

7. Para referências a algumas clássicas análises do fenômeno no Brasil, ver do autor deste artigo, “La lutte contre la corruption politique au Brésil”, in *Déontologie et droit public* (org. Philippe BLACHER). Issy les Moulineux: LGDJ, 2014.

8. <<http://www.transparency.org>>

9. A pontuação do primeiro colocado – Nova Zelândia –, por exemplo, é 89/100.

de atos de corrupção envolvendo agentes governamentais de diversos níveis hierárquicos, membros do parlamento e grandes empresários privados.

É um processo que se desenrola especialmente perante o Poder Judiciário. Mas a sociedade brasileira tem acompanhado de perto o assunto, dando mostras de grande atividade cívica por redes sociais virtuais e por manifestações presenciais em espaços públicos.

Mesmo o Parlamento brasileiro – em que pese tendo muitos de seus representantes sob investigação – reagiu, promovendo um processo de *impeachment*, pelo qual a Presidente da República perdeu seu mandato.

Nesse processo (como visto, ocorrendo perante o Poder Judiciário), o protagonismo da iniciativa das denúncias está com o Ministério Público, que teve sua função e seus poderes muito intensificados pela Constituição de 1988¹⁰.

A ação institucional do Ministério Público, naturalmente, não se confunde com o papel dos reportantes.

No entanto, muitas das denúncias levadas adiante pelo Ministério Público têm fundamento na delação premiada. Mesmo assim, a posição do delator, no caso de delação premiada, também não se confunde com a do reportante, o qual não se situa na mesma posição de um potencial réu de ação penal buscando colaborar com as investigações com o objetivo de aliviar sua possível punição¹¹.

10. Como observa Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO (*Curso de direito constitucional*. 40ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 304), foi intenção do constituinte fazer o ministério público representar a lei antes de servir aos governantes”; daí ter-lhe atribuído “um estatuto praticamente idêntico ao do Judiciário”, com garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, além de entrada na carreira exclusivamente por meio de concurso público. E prossegue o citado autor para melhor precisar que, mais do que simplesmente zelar pelo controle da legalidade, a Constituição de 1988 estendeu ao ministério público o papel de defensor da legitimidade, cabendo-lhe fiscalizar o cumprimento de princípios ligados ao “próprio cerne de justiça”, dentre eles, o da moralidade.

11. Nas palavras de Juliana Magalhães Fernandes OLIVEIRA (“A urgência de uma legislação whistleblowing no Brasil”. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Maio/2015. Texto para Discussão nº 175. Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>), o “instituto [do *whistleblowing*] não se confunde com a chamada delação premiada, prevista em diversas leis brasileiras. A delação premiada é a incriminação de terceiro, realizada por um suspeito, indiciado ou réu, no bojo de seu interrogatório ou em outro ato processual. Diz-se premiada por ser incentivada pelo legislador, que concede ao delator diferentes benefícios, a exemplo da redução da pena ou da extinção da punibilidade. Ao contrário do delator, o agente *whistleblower* não está envolvido na organização criminosa. É um terceiro sabedor de informações relevantes, seja por decorrência do exercício direto do seu trabalho, seja por razões eventuais”.

Luiz Fernando Bugiga REBELLATO (vide trabalho referido na nota de rodapé n. 6), lembra ainda que não se deve “confundir o ‘lanceur d’alerte’ com a figura do mero ‘informante’, haja vista que este, via de regra, está imerso no contexto de violação de leis e presta a informação em troca de alguma vantagem, muitas vezes de cunho ilegal”.

É a proteção jurídica do delator não se fundamenta na lógica da tutela especial da liberdade de expressão, no caso, de alguém que visa a colaborar, desinteressadamente, com a defesa do interesse público.

Ao lado do reforço aos poderes de investigação e punição ao alcance do Ministério Público e do Poder Judiciário (valendo-se mais amplamente de instrumentos como a delação premiada), outro elemento a se notar, nesse movimento de amplificação do controle da corrupção vivido atualmente no Brasil, é tendência de que os poderes constituídos, especialmente o Poder Executivo, no âmbito de seu controle interno, adotem regras de natureza deontológica para seus servidores¹².

No mesmo contexto, o Brasil adotou, inspirado por medidas praticadas internacionalmente, regras mais estritas para a sanção de pessoas jurídicas – e não apenas os agentes individuais – por atos de corrupção, atribuindo-lhes até mesmo uma responsabilidade “objetiva” (Lei n. 12.846/13).

Enfim, dada essa realidade vivida no Brasil, constata-se que um elemento faltante para o aprimoramento de sua legislação de combate à corrupção é o tratamento protetivo e fomentador da ação do reportante.

4 UM PROJETO DE LEI EM DISCUSSÃO

É certo, com base na compreensão internacional sobre o tema, que a figura do reportante não se resume a uma interface com o tema das denúncias de atos de corrupção na vida pública, tendo um importante papel também no âmbito de relações privadas de interesse mais amplo da sociedade.

Entretanto, é pelo viés do combate à corrupção que se está encaminhando a elaboração de uma lei que, pela primeira vez, poderá tipificar a figura do reportante no Brasil.

Recentemente, em 2016, o Congresso Nacional discutiu um projeto de lei (n. 4.850/16)¹³ que foi proposto a partir de sugestões formuladas por membros do Ministério Público diretamente envolvidos no principal processo, atualmente em curso, de apuração de atos de corrupção¹⁴, tendo

12. No trabalho, acima já citado, do mesmo autor deste artigo (“La lutte contre la corruption politique au Brésil”, pp. 51/52), foram discutidos alguns exemplos: Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal (Decreto n. 1.171/94); Código de Conduta da Alta Administração Federal (de 21 de agosto de 2000); Comitês de Ética (Decreto n. 1.171/94); Comissão de Ética Pública (Decreto de 26 de maio de 1999); e Controladorias Gerais no âmbito de diversas instâncias administrativas.

13. <<http://www.camara.gov.br/>>

14. Vide site de internet criado oficialmente para essa iniciativa: <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/>>.

recebido diversas contribuições de juristas que têm atuado no tema. A iniciativa ganhou a mídia com o nome de “Dez medidas contra a corrupção”.

O projeto foi formalmente apresentado por iniciativa popular. Todavia, por praxe adotada no Congresso Nacional – na medida em que seria muito difícil conferir a autenticidade de todas as assinaturas dos indivíduos que subscrevem o projeto –, os projetos de lei de iniciativa popular acabam sendo acolhidos por algum deputado, que o reapresenta como se fosse projeto de sua própria iniciativa, evitando-se, assim, eventual discussão sobre a validade do projeto.

No caso, o conteúdo do projeto de iniciativa popular foi acolhido em projeto de iniciativa parlamentar. Na Comissão Especial constituída para examiná-lo, o relator apresentou parecer no qual consolidou uma versão do Projeto incluindo todo um título – “Título IV. Do programa de proteção e incentivo a relatos de informações de interesse público” – para o tratamento do tema do reportante¹⁵.

O parecer do relator propôs uma extensa e detalhada disciplina da matéria¹⁶, a qual, para efeito deste texto, não é o caso de se analisar. Pode-se afirmar, no entanto, que é um tratamento muito completo, atualizado e protetivo do reportante.

Ocorre que a discussão da matéria, nesse projeto original, foi afetada pelo embate jurídico-institucional vivido entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário naquele momento.

A polêmica não está situada especificamente no tema do reportante, mas sim em todo o contexto desse projeto de lei que visa a endurecer as regras sobre combate à corrupção, afetando interesses escusos e corporativos de muitos parlamentares e políticos em geral¹⁷.

Nesse contexto, e por meio de manobra que gerou profunda rejeição por parte da sociedade, em uma votação havida de madrugada¹⁸, o Plenário da Câmara dos Deputados aprovou uma emenda que praticamente desfigurou o Projeto de Lei n. 4.850/16, com a redação proposta pelo Relator da Comissão Especial.

15. O texto do parecer também está disponível em <<http://www.camara.gov.br>>.

16. São quase 60 artigos, cada qual bastante subdividido em parágrafos, incisos e alíneas..., dentro de um projeto que conta mais de 200 artigos.

17. Faça-se a ressalva de que este autor, ainda que entenda positivo, em linhas gerais, o referido projeto, discorda de certas ideias nele contidas.

18. Aliás, na mesma noite em que a população encontrava-se mobilizada e comovida pela trágica queda do avião que transportava a equipe de futebol da Chapecoense.

A versão que o Plenário da Câmara, espantosamente, aprovou como texto final para o Projeto retirou todas as previsões de medidas de combate à corrupção – eliminando igualmente a parte destinada ao reportante – e, em seu lugar, incluiu regras que preveem sanções por crime abuso de autoridade praticado por juízes e membros do ministério público¹⁹.

Normalmente, esse texto aprovado pela Câmara dos Deputados seguiria ainda para discussão no Senado Federal.

Ocorre que, por iniciativa de deputados federais, que moveram ações perante o Supremo Tribunal Federal, o Ministro Luiz Fux proferiu decisão²⁰ anulando a tramitação do Projeto de Lei n. 4.850/16 na Câmara dos Deputados e determinando que ele seja novamente submetido à votação, como se fosse projeto de iniciativa popular, o que leva a um rito diverso daquele dos projetos de iniciativa parlamentar – e traz à tona a discussão sobre a impossibilidade de os parlamentares emendarem-no a ponto de lhe alterarem completamente o conteúdo.

Enquanto segue pendente a discussão desse projeto de lei, bem mais recentemente a imprensa tem noticiado que o novo governo federal pretende retomar a discussão sobre as ditas “Dez Medidas contra a Corrupção”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, o direito brasileiro ainda não possui um tratamento específico para o tema do reportante.

Entretanto, a inexistência de lei que transforme o reportante em um conceito jurídico não impede que as situações fáticas enquadráveis nessa noção (tal como ela vem sendo trabalhada em outros países) recebam alguma proteção de direito no Brasil.

Ocorre que certos fenômenos, em que pese presentes na vida de uma sociedade, acabam por justificar um tratamento específico pelo direito apenas em determinados momentos da história nos quais passam a ser percebidos com maior densidade.

Espera-se que esse seja o caso da adoção da disciplina jurídica do instituto do reportante no Brasil, entre outras medidas de aperfeiçoamento institucional tendo em vista a consolidação do estado de direito.

19. A íntegra desse texto aprovado para o referido Projeto de Lei encontra-se em : <<http://www.camara.gov.br/>>

20. Trata-se do MS 34.530, já transitado em julgado ante o atendimento da ordem pelas casas parlamentares, restando ainda a ser julgado o MS 34.652.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DISANT, Mathieu; POLLET-PANOUSSIS, Delphine (org.). Les lanceurs d’alerte. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2017.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 40ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2015.

LAFER, Celso. A internacionalização dos direitos humanos – Constituição, racismo e relações internacionais. Barueri: Manole, 2005.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando. “La lutte contre la corruption politique au Brésil”, in Déontologie et droit public (org. Philippe BLACHÈR). Issy les Moulineaux: LGDJ, 2014.

OLIVEIRA, Juliana Magalhães Fernandes. “A urgência de uma legislação whistleblowing no Brasil”. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Maio/2015.

RAMOS, Elival da Silva. A ação popular como instrumento de participação política. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

REBELLATO, Luiz Fernando Bugiga. “Lanceur d’ alerte: uma análise francobrasileira” (Artigo apresentado ao programa de pós-graduação da Faculdade de Direito da USP e ainda não publicado).

SILVA, José Afonso da. O constitucionalismo brasileiro – evolução institucional. São Paulo: Malheiros, 2011.

TROPER, Michel. Pour une théorie juridique de l’état. Paris: PUF, 1994.

CAPÍTULO 19

TRIBUNAL INTERNACIONAL AMBIENTAL: NECESSIDADE E ADEQUAÇÃO CONCRETIZAÇÃO DA SUSTENTABILIDADE INTERGERACIONAL

GEORGES L. H. HUMBERT

Advogado. Pós-doutor em direito pela Universidade de Coimbra – Portugal. Doutor e mestre em direito pela PUC-SP. Bacharel em direito pela Universidade Católica de Salvador- Bahia. Extensão em Políticas do Solo Urbano, pelo Lincoln Institute of Land Policy – Cambridge (EUA). Professor titular da Unijorge (Ba).

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objeto o problema da efetivação do direito ambiental frente à ubiquidade dos possíveis danos causados ao meio ambiente, realçando a importância da cooperação internacional, inclusive no plano da legislação e jurisdição específica.

Com efeito, a cada dia a sociedade sofre, em diversos âmbitos, como moradia, saúde e justiça social, as danosas consequências dos desequilíbrios causados ao meio ambiente, em todo o planeta, a exemplo das mudanças climáticas e outros desastres naturais, muitos deles relacionados a atividades comuns a todos os países, a industrialização não monitorada, a emissão de gases causadores de efeito estufa, a ocupação desordenada dos espaços habitáveis, notadamente nas áreas urbanas.

Portanto, faz-se necessário uma atuação local, soberana de cada estado, mas, também, uma internacional pública, perpassando pela função tanto do direito, quanto da Política de Estado e de organizações internacionais, além da responsabilidade de cada nação e respectivo povo.

O objetivo visado é demonstrar que manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, para as presentes e futuras gerações, requer, para além de tratados e acordos multilaterais, a constituição de um Tribunal Ambiental Internacional, com jurisdição e competência para interpretar, aplicar e exigir o cumprimento das obrigações ambientais assumidas por cada Estado soberano, a exemplo do que já faz em matéria penal e de direitos humanos Corte de Haia e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Para tanto, utilizar-se-á de pesquisa e levantamento de dados comprovando a situação crítica do meio ambiente, sua produção de efeitos em uma intergeracionalidade, para as presentes e futuras gerações, de modo supra territorial, isto é, diante da necessidade e forma de efetivar uma sustentabilidade estatal, no plano interno e internacional ambiental, mediante legislação e jurisdição capazes de atender a natureza ubíqua, multifacetada, multidisciplinar e transnacional da questão problema ora proposto, a partir do qual destacaremos a efetividade da aplicação destes programas, possíveis modificações e, se for o caso, aprimoramento ou sugestão de novas posturas, mecanismos, métodos e técnicas que devem ser assumidas pelos Estados, sociedade e pelo mundo globalizado, para dar cabo dos problemas de ordem ambiental que envolvem a sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações.

Nestes termos, pretende-se desenvolver propostas para a concretização do ordenamento ambiental internacional fundada na responsabilidade estatal interna e externa, bem como no dever de cooperação entre os povos regidos por um estado democrático de direito mas, fundamentalmente, apresentar se é necessária e adequada a constituição de um Tribunal Ambiental Internacional.

1 DANO AO MEIO AMBIENTE E SEUS EFEITOS INTERGERACIONAIS

A relevância do problema investigado, a saber, a instituição ou não de um Tribunal Ambiental Internacional, passa pela análise e compreensão de uma série de elementos formadores do que se pode denominar de direito subjetivo ao “meio ambiente ecologicamente equilibrado, para as presentes e futuras gerações”, conforme determina o art. 225 da Constituição em vigor no Brasil e em outros estados soberanos, a partir de inspiração nos mais diversos tratados e declarações internacionais derivadas a partir da Conferência de Estocolmo, em 1972.

Antes de tudo, é preciso entender o que se entende por meio ambiente, como este bem ou interesse se apresenta, notadamente enquanto juridicamente relevante e protegido, seja no plano do direito interno, seja no externo.

No contexto, em detrimento de uma análise histórica, biológica, sociológica, física, química ou de qualquer outra natureza que não jurídico-política, pretende-se aqui tratar da tutela jurídica do meio ambiente, consoante costuma estar posta por diplomas normativos e declarações internacionais, sejam estas na forma de tratados – ratificados ou não, ou cartas.

Assim sendo, partindo, para efeitos deste capítulo e de todo o trabalho, fundamentalmente da Constituição do Brasil e de Portugal vigente, e da leitura de tantas outras, associada a leitura dos princípios encartados na Conferência de Estocolmo, da ECO-92 e da Rio+20, é possível delimitar alguns pressupostos comuns e dirigentes da tutela do meio ambiente predominante nos estados de direito e nas relações exteriores.

Primeiramente, ao tratar do tema meio ambiente em sua expressão jurídica, isto é, com força normativa cogente, de impor comportamentos positivos e negativos às pessoas físicas e jurídicas, de direito público ou privado, é usual a compreensão do mesmo a partir da dimensão do equilíbrio entre seus aspectos ou variáveis.

Com efeito, o meio-ambiente é assim, a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciam o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas fases (SILVA). Disto decorre que meio ambiente não é só o que está na natureza, muito menos exclusivamente composto de acordo com os interesses e intenções humanas. Compõe-se por tudo que integra o nosso habitat, incluindo as construções do homem, sua presença e tudo aquilo que faz parte das suas tradições. Tratam-se dos denominados meio ambiente artificial e cultural, também protegidos constitucionalmente. Ademais, todo o cidadão tem direito de exercer atividade econômica, de trabalhar e de ter atos do poder públicos confiáveis

A segunda parte essencial e comum a tutela do meio ambiente se encontra em sua designação de “bem de uso comum do povo”. Isto não está tornando-o inapropriável, nem convertendo à condição de bem público, mas ratificando a sua condição de interesse difuso e coletivo, de interesse público, em que o poder público e o particular têm obrigação de agir, bem como se submeter a limitações (ex: poder de polícia ambiental). Noutros termos: o bem ambiental deverá ter a proteção na condição de bem difuso e coletivo, de interesse público, por norma de ordem pública,

inderrogável, que submete os titulares de direitos relacionados ao meio ambiente a limitações, tanto negativas, quanto positivas.

Dito isto, impõe-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. O poder público tem o dever de guarda do bem ambiental – por ser direito coletivo -, mas o particular também tem. Esta disposição fundamenta toda a teoria de responsabilidade especial em matéria ambiental.

Maria Alexandra Aragão, nestas linhas, afirma que “o Estado é compelido à intervir na questão ambiental, tendo em vista que, naturalmente, as ordem jurídicas alinhadas lógica econômica compelem o ser humano a degradarem o Meio ambiente.” E remata a citada autora (ARAGÃO: 1997, p.41):

À vista do expendido, trata-se a preservação do meio ambiente, de um verdadeiro dever do Estado socia, que, assim, pode proceder de duas maneiras para garantir a incolumidade do meio ambiente: I) Por intermédio de ferramentas direcionadoras, ou seja, comandos e controles proibitivos e permissivos, impositores de limites à poluição, emissões de gases tóxicos, uso de recursos naturais e as penalidades para os infratores destas normas. Formas que, concedem ao Estado, a possibilidade de atuação direta na proteção do meio ambiente; II) através de mecanismos indutivos, isto é, normas e medidas estatais com condão de induzir a sociedade, bem como o particular de atuarem positivamente na defesa e recuperação do meio ambiente, cabendo, perfeitamente a utilização de instrumentos econômicos.

Canotilho (2005, p.47), chama a atenção para a realidade de “...os comportamentos ecológica e ambientalmente relevantes da geração atual condicionam e comprometem as condições de vida das gerações futuras”. Daí porque, salientam, Canotilho e Morato Leite (2010) que “o tema Direito Constitucional Ambiental é, sem dúvida, o ponto de partida ou a bússola dos deveres, obrigações e responsabilidades de uma determinada coletividade, referente à proteção ambiental.

Não por outro motivo, na dicção de Fraga Jesús (FRAGA, 2004):

Hoy se habla del estado ambiental (Lettera) como fórmula superadora constitucional (después del estado de derecho y del estado social) para significar que la preocupación ambiental es la determinante en la forma de estado de nuestros días. Afirmar el estado ambiental de derecho (Montoro Chiner) no es sólo una apuesta ideológica sino que supone sobre todo importantes consecuencias prácticas.

Também nessa perspectiva, Canotilho sustenta a institucionalização de um Estado Ambiental de Direito corrobora para uma juridicidade ambiental, cujas acepções essenciais são as seguintes: *dimensão garantístico-defensiva*, no sentido de direito de defesa contra ingerências ou intervenções do Estado e demais poderes públicos; *dimensão positivo-prestacional*, pois cumpre ao Estado e a todas as entidades públicas assegurar a organização, procedimento e processos de realização do direito ao ambiente; *dimensão jurídica irradiante para todo o ordenamento*, vinculando as entidades privadas ao respeito do direito dos particulares ao ambiente; e *dimensão jurídico-participativa*, impondo e permitindo aos cidadãos e à sociedade civil o dever de defender os bens e direitos ambientais. (CANOTILHO, 2007, p. 3-6)

Cabe ainda citar as relevantes anotações de Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer (2011, p.41):

No âmbito do Estado Socioambiental de Direito, a ‘referência do outro’ formatada pelo Estado Social adquire maior amplitude, na medida em que busca reconhecer e proteger também um ‘outro’ que se encontra num espaço temporal-geracional distinto do presente (ou seja, no plano futuro). Pode-se dizer que a dignidade humana fundamenta tanto a sociedade já constituída quanto a sociedade do futuro, apontando para deveres e responsabilidades das gerações humanas futuras, em que pese – e também por isso mesmo – a herança negativa em termos ambientais legadas pelas gerações passadas.

Isto posto, a proteção do meio ambiente é para a presente e futuras gerações, sendo obrigação do poder público e do particular, sempre que versar sobre a proteção do meio ambiente, fazer com base no princípio do planejamento. Nada pode ser decidido em matéria ambiental, seja na produção ou execução das normas de proteção ao meio ambiente, apenas vislumbrando o estado atual do meio ambiental, mas sempre como ele ficará após as sucessivas relações humanas e das demais vidas terrenas com ele.

Assim, revela-se o conteúdo mínimo do que é meio ambiente do ponto de vista jurídico: não é qualquer um, mas o ecologicamente equilibrado, qualificado como difuso e coletivo, que é objeto de obrigações, permissões, faculdades de fazer e não fazer, para o particular e poder público, e que deve ser operacionalizado na condição de direito fundamental e de núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana, com todas as consequências daí derivadas.

Finalmente, a mais relevante conotação jurídica é o uso da qualificação do bem ambiental como “essencial à sadia qualidade de vida”. Aqui há uma nítida aproximação do direito ao meio ambiente ecologicamente

equilibrado a um direito fundamental, como o direito à vida, seja sob a ótica antropocêntrica ou ecocêntrica, mesmo porque, quaisquer destas visões da defesa e preservação do meio ambiente estão comportadas na tese final que aqui se pretende sustentar, isto é, a necessidade e adequação, forma e conteúdo a ser objeto da jurisdição de um Tribunal Internacional Ambiental.

Ora, ao reconhecer uma realidade fática e potencializar, juridicamente, o meio ambiente equilibrado como essencial à sadia condição de vida, as ordens jurídicas aproximam este não só ao direito humano e fundamental à vida, mas também à noção vida digna. Se o meio ambiente ecologicamente equilibrado é mínimo para se ter uma qualidade de vida, ele integra o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana.

Daí, extraem-se duas consequências jurídicas relevantes. Uma é que a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é cláusula pétrea na Constituição de alguns países e quase sempre posicionada como norma base, de caráter fundamental, supremo dentro da própria supremacia constitucional. Outra é, pois, na operação das normas de direito ambiental, incide o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que a proteção ao meio ambiente permeia a dignidade da pessoa humana. Isso quer dizer que, em uma possível colisão de normas/princípios, aquelas atinentes à tutela do meio ambiente estarão em uma condição hierárquica superior. Além de direito fundamental, as normas de proteção ao meio ambiente têm a qualidade de normas fundadas no maior grau hierárquico do nosso sistema normativo. Isso é relevante para efeito de solução de aparentes conflitos entre normas jurídicas.

A partir deste contexto é que se deve apreender a noção de dano ambiental, que apresenta-se explícita e implicitamente da leitura das diversos institutos e instrumentos jurídicos para a proteção, gestão e preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

Para efeitos jurídicos, dano ambiental pode ser considerado a degradação de um bem ambiental juridicamente protegido, levada a cabo por ato ilícito, isto é, contrário a determinação legal, derivada de ação ou omissão, de pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, que deve responder, civil, penal e administrativamente.

A lógica da responsabilidade jurídica por dano ambiental parte da finalidade precípua de se impedir e desestimular condutas lesivas ao ambiente, mesmo porque, como acertadamente afirma José Ruben Morato Leite (2003), “a reparação ao meio ambiente, mesmo na forma

de recuperação, recomposição e substituição do bem ambiental lesado, é um sucedâneo, dada a extrema dificuldade na completa restituição do bem lesado, isto é, equipara-se a um meio de compensar o prejuízo”.

Isto porque, como aponta José Moura Cunhal Sedim (1998), “deve notar-se que a prevalência da restauração natural também se justifica porque os danos ecológicos não parecem ser suscetíveis de uma avaliação integral em dinheiro, pelo que surge naturalmente a exigência de privilegiar formas de reparação não dependentes do tradicional limite económico próprio indenização por equivalente”.

Daí, cumpre consignar que a proteção jurídica do meio ambiente será tanto mais eficaz quanto capaz de monitorar e controlar as atividades potencialmente causadoras de degradação ambiental e desestimular as práticas vedadas, sendo de rigor mecanismos de gestão e responsabilização peculiares, aptos, com esta capacidade, diferenciados da responsabilidade ordinária dos sistemas jurídicos, a exemplo da responsabilidade civil objetiva e de risco, a responsabilidade penal da pessoa jurídica, o licenciamento ambiental e as avaliações de impacto, entre outros.

Pelo exposto, a partir do sentido e alcance da tutela jurídica ambiental e de dano ao meio ambiente, há na maioria dos modernos estados democráticos de direito, o reconhecimento jurídico do direito subjetivo individual, difuso e coletivo ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como essencial à sadia qualidade de vida, sendo, desta forma, verdadeira extensão do direito à vida. Consequentemente, este direito fundamental irradia-se sobre todo o sistema jurídico, interno e externo, consubstanciando. Esta contextualização político-jurídica densifica o carácter, simultaneamente, humanístico e intergeracional do meio ambiente, conforme se delimitará a seguir.

2 NATUREZA HUMANÍSTICA E INTERGERACIONAL DA TUTELA AO MEIO AMBIENTE, COMO PRESSUPOSTO DA TUTELA INTERNACIONAL DO BEM AMBIENTAL

A contemporaneidade é caracterizada por uma intensa busca pela promoção e efetivação dos direitos humanos. A análise da evolução dos direitos humanos, bem como dos seus fundamentos e antecessores é basilar para a compreensão de quão importante é o papel que estes ocupam no contexto humanitário.

As diversas rupturas paradigmáticas, conflitos materiais e ideológicos ao longo do tempo, fizeram a noção de direitos humanos assumir rumos

distintos, contudo, a universalidade e historicidade sempre lhe foram características contumazes. Nesse sentido, as considerações de Cardoso (2011), para quem “a indiferença do homem em relação ao homem faz do ambiente social um ‘não lugar’, que segundo Marc Auge, revela a falta de identidade entre os seres humanos e a total incapacidade da sociedade em se tornar um meio de consideração e respeito recíprocos”.

Por isso, testificar a origem dos direitos humanos, de longe é uma tarefa fácil; seja pela sua alta abstratividade e subjetividade, seja pelos seus imensuráveis antecedentes e contextos históricos, que praticamente inviabilizam um consenso no tocante sua origem. Em contexto, a festejada teoria geracional, do dileto Karel Vasak - também teorizada por autores como Bobbio, Comparatto e Bonavides - vem à sistematizar a análise da origem, bem como dos fundamentos dos direitos humanos. Segundo esta, os direitos humanos apresentam-se, basilamente em três dimensões ou gerações.

Na primeira geração ou dimensão, caracterizada pela postura asbtentiva do Estado, permitindo aos particulares – cidadãos, o livre exercício dos direitos individuais, civis e políticos. Outrossim, na segunda dimensão, em que o Estado passa a atuar, intencionando assegurar os direitos atinentes à igualdade, não mais de cunho individual, mas natureza coletiva.

Cumpra, nesta toada, citar importantes lições de Bobbio (2008, p. 62), que, ao tratar dos direitos do homem e sociedade, assim manifesta-se:

Num discurso geral sobre os direitos do homem, deve-se ter a preocupação inicial de manter a distinção entre teoria e prática, ou melhor, deve-se ter em mente, antes de mais nada, que teoria e prática percorrem duas estradas diversas e a velocidades muito desiguais. Quero dizer que, nestes últimos anos, falou-se e continua a se falar de direitos do homem, entre eruditos, filósofos, juristas, sociólogos e políticos, muito mais do que se conseguiu fazer até agora para que eles sejam reconhecidos e protegidos efetivamente, ou seja, para transformar aspirações (nobres, mas vagas), exigências (justas, mas débeis), em direitos propriamente ditos (isto é, no sentido em que os juristas falam de “direito”).

Já os direitos de terceira dimensão, relacionados às abstrações de fraternidade e solidariedade, surgem concomitantemente com o desassossego associado a questões peculiares do século XX, dentre os quais está o Meio ambiente e, ao contrário dos direitos de primeira e segunda dimensão, destinam-se, essencialmente à conservação do gênero humano, por isso, de caráter materialmente social.

Para tanto, importante colacionar as assertivas de Coelho (2009, p. 1424-1425):

Nesse contexto, vale lembrar – porque abrangente de todos os “mandamentos ambientalistas”, embora não mencionada, expressamente, pelos seus formuladores – a ética de prospectiva e responsabilidade, cujos fundamentos e objetivos, tal como enunciados pelo filósofo Hans Jonas, surgiram precisamente no contexto das suas reflexões sobre uma ecologia profunda e uma heurística do medo, que, partindo do conhecimento da extrema vulnerabilidade da Natureza à intervenção tecnológica do homem, obrigueno a inspirar as suas decisões com os olhos postos no porvir, a fim de manter o nosso planeta em condições de abrigar as gerações futuras. Afinal de contas, como assinala o mesmo Jonas, alegar a ignorância sobre esse poder de destruição já não nos serve de álibi, e o horizonte relevante da nossa responsabilidade.

A Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada em 1972, na cidade de Estocolmo, legitima o direito ao Meio ambiente como fundamental do ser humano, como se pode ler no Princípio 1 da declaração:

1 - O homem tem direito fundamental à liberdade, à igualdade e condições de vida adequadas, em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna, gozar de bem-estar e é portador solene de obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente, para as gerações presentes e futuras.

Canotilho e Aragão (2011, p.26) explicam, ainda, que a para o desenvolvimento do Estado Socioambiental de Direito é necessária a “responsabilidade de longa duração” que, para eles, representa a obrigatoriedade que os Estados possuem de adotarem medidas de proteção cabíveis e mais avançadas tecnologicamente, para o fim de garantir a sobrevivência do espécime humano e das gerações futuras.

A suprema corte brasileira assim já se manifestou em diversos julgados. Entre tantos, afirmou:

O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. (ADI 3.540-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno citada em AC 1.255 MC/RR. Rel. Min. Celso de Mello. 22.6.2006).

Merece destaque outra decisão da referida corte:

O direito à integridade do meio ambiente – típico de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade (TF, MS 22.614, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 17/11/95).

Houve uma crescente conscientização de que as mudanças globais podem ter como efeito a redução da parte da riqueza global a que cada habitante do mundo tem acesso. Na concepção de Edith Brown Weiss, considerada um dos grandes expoentes teoria da equidade intergeracional, diz-se que:

Em qualquer momento, cada geração é ao mesmo tempo guardiã ou depositária da terra e sua usufrutuária: beneficiária de seus frutos. Isto nos impõe a obrigação de cuidar do planeta e nos garante certos direitos de explorá-lo. (...)

Nós detemos o ambiente natural e cultural do planeta em condomínio com todos os membros da espécie humana: gerações passadas, presentes e futuras. Como membros da presente geração, nós conservamos a Terra como depositários para as gerações futuras. Ao mesmo tempo, nós somos beneficiários autorizados a usá-la e colher os benefícios desse uso. Nós também somos parte do sistema natural, e como as mais sencientes criaturas vivas, temos a responsabilidade especial de proteger sua resiliência e integridade.

(...)

Nessa parceria, nenhuma geração sabe de antemão quando será a geração presente, quantos membros terá, ou mesmo quantas gerações existirão ao todo. Se nós adotamos a perspectiva de uma geração que é postada em algum lugar ao longo do espectro temporal mas ao mesmo tempo não

sabe previamente onde isso se dará, essa geração quererá herdar a Terra pelo menos em uma condição tão boa quanto a experimentada por qualquer geração anterior e ter um acesso tão bom quanto as gerações anteriores.

O principal fundamento da noção intergeracional de direitos humanos, reside no princípio da dignidade humana. São, com essa perspectiva, importantes as lições Silva (2010):

Temos dito que o combate aos sistemas de degradação do meio ambiente convertera-se numa preocupação de todos. A proteção ambiental, abrangendo a preservação da Natureza em todos os seus elementos essenciais à vida humana e à manutenção do equilíbrio ecológico, visa a tutelar a qualidade do meio ambiente em função da qualidade de vida, como uma forma de direito fundamental da pessoa humana. Encontramo-nos, assim, como nota Santiago Anglada Gotor, diante de uma nova projeção do direito à vida, pois neste há de incluir-se a manutenção daquelas condições ambientais que são suportes da própria vida, e o ordenamento jurídico, a que compete tutelar o interesse público, há que dar resposta coerente e eficaz a essa nova necessidade social.

Adiante, sobre o tema, projetando a dimensão humanística, mas também intergeracional ou futurística da adequada e eficaz tutela do meio ambiente, Alexandre KISS, registra:

A preservação do meio ambiente está obrigatoriamente focalizada no futuro. Uma decisão consciente para evitar o esgotamento dos recursos naturais globais, em vez de nos beneficiarmos ao máximo das possibilidades que nos são dadas hoje, envolve necessariamente pensar sobre o futuro. Entretanto o futuro pode ter uma dimensão de médio ou longo prazo, enquanto a preocupação relacionada ao interesse das gerações futuras é, necessariamente, de longo prazo e, sem dúvida, um compromisso vago. (...) A mudança global que está ocorrendo no momento afeta não só os recursos naturais, mas também os recursos culturais humanos que foram acumulados durante milhares de anos. Esses recursos consistem, por exemplo, de conhecimentos de povos indígenas, de registros científicos ou até mesmo de películas que se deterioraram com o passar do tempo. Fatores psicológicos e éticos explicam nossas reações a tais questões. Nossa primeira reação pode ser genética, instintiva. Todas as espécies vivas procuram instintivamente assegurar sua reprodução, e os mais desenvolvidos entre elas também fazem a provisão para o futuro bem-estar de seus descendentes. A história humana é testemunha dos constantes esforços dos seres humanos para proteger não somente suas próprias vidas, mas também para garantir o

bem-estar e melhorar as oportunidades para sua prole. Os cuidados instintivos com as crianças e netos fazem parte da natureza humana.

Irrefutável é a universalização da pauta ambiental. De certo, os problemas ambientais peculiares a modernidade, despertaram o interesse de estudiosos das mais variadas searas do conhecimento, bem como das sociedades, para a necessidade de proteção do meio ambiente, em especial o natural.

A relação entre homem e meio ambiente é perpétua; justificando, tal assertiva, pelo fato do homem encontrar e demandar do meio ambiente, os recursos fundamentais para a satisfação de suas necessidades. Ao advento das evoluções do espécime humano, que alcançaram, indubitavelmente todos os aspectos sociais, eclode a tensão entre homem e meio ambiente, notabilizada, pelo uso desmoderado dos recursos naturais e, por consectário, um desequilíbrio que passa a comprometer a própria existência da humanidade.

À vista de tal fenômeno, a concepção a respeito de meio ambiente foi consideravelmente alterada. Enquanto, outrora, entendia-se o meio ambiente como um mero acessório à sobrevivência humana, passou-se, com a globalização da pauta ambiental, entender que, este, não só carece de controle, destinado à sua preservação para as futuras gerações. O meio ambiente sadio é um direito humano de terceira geração e à vista disso, a responsabilidade de preservá-lo não é só do poder público, mas também da coletividade, com fito na presentes e futuras gerações. Ademais, saliente-se, ainda, que com a modernidade, a noção de direitos humanos e, por consectário, de meio ambiente, assumiram uma importante e peculiar noção intergeracional.

Entende-se, assim, a noção de intergeracionalidade, como a solidariedade entre as presentes e futuras gerações, no intento de preservar o meio ambiente, por meio de atuações sustentáveis, a fim de que as próximas gerações possam continuar usufruindo de nossos recursos naturais.

3 A NECESSÁRIA PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE ENQUANTO INTERESSE JURÍDICO HUMANO E INTERGERACIONAL

Como já estudado, Bobbio classifica o direito ambiental como um direito de solidariedade, que corresponde à terceira geração de direitos humanos. Bonavides propôs outra terminologia – “dimensões” de direitos –, uma vez que os direitos fundamentais, embora tenham Surgido em

determinado momento histórico, se acumulam no decorrer do tempo ao lado dos direitos sociais, que foram chamados de direitos de segunda geração, emergiram hoje os chamados direitos de terceira geração, que constituem uma categoria para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata. O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído.

O surgimento do direito ao meio ambiente e dos demais direitos fundamentais da terceira geração é assim explicado por Bonavides (2001, p. 523):

Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano, mesmo num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade correta. Os publicistas e os juristas já os enumeram com familiaridade, assinalando-lhe o caráter fascinante do coroamento de uma evolução de trezentos anos dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.

Ao se referir aos direitos fundamentais da terceira geração, Bobbio (1992, p. 6) assinala que “ao lado dos direitos, que foram chamados de direitos da segunda geração, emergiram hoje os chamados direitos da terceira geração [...] O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído”.

Para Alexy (1993, p. 429), o direito ao meio ambiente é um exemplo de “direito fundamental como um todo”, na medida em que representa um leque paradigmático das situações suscetíveis de considerações em sede de normas tuteladoras de direitos fundamentais. Neste sentido, o direito ao meio ambiente como direito fundamental da terceira geração pode referir-se ao direito de o Estado: a) omitir-se de intervir no meio ambiente (direito de defesa); b) de proteger o cidadão contra terceiros que causem danos ao meio ambiente (direito de proteção); c) de permitir a participação do cidadão nos procedimentos relativos à tomada de decisões sobre o meio ambiente (direito ao procedimento); e finalmente, de realizar medidas fáticas tendentes a melhorar o meio ambiente (direito de prestações de fato).

Na mesma linha de pensamento, assinalou-se, na II Reunião do referido Grupo de Consultores Jurídicos do PNUMA (Genebra, março

de1991), a importância do reconhecimento do direito a um meio ambiente sadio e do direito ao desenvolvimento do direito ao desenvolvimento como um direito humano para a consideração de problemas de condições de vida como a erradicação da pobreza, as pressões demográficas, a saúde, a educação, a nutrição, a moradia e a urbanização. (TRINDADE, 1993, p. 26)

O conceito de equidade intergeracional, surgiu por volta de 1980, e está intimamente ligada às mudanças que caracterizaram a globalidade em meados do século XX, notadamente o poder da humanidade de interferir, mudando, assim as características físicas da Terra, que por consequência, passou a preocupar toda a humanidade, vê que, alcançou-se um nível que dificilmente poderia ser imaginado há séculos antecedentes. Com efeito, aumentou-se imensuravelmente o uso de recursos naturais o que demandou diversas campanhas visando conscientizar a sociedade a despeito dos possíveis e catastróficos efeitos decorrentes do deliberado e inconsequente uso dos recursos naturais.

O problema da tutela jurídica do meio ambiente manifesta-se a partir do momento em que sua degradação passa a ameaçar não só o bem-estar, mas a qualidade da vida humana, se não a própria sobrevivência do ser humano. O que é importante é que se tenha consciência de que o direito à vida, como matriz de todos os direitos fundamentais do homem, é que há de orientar todas as formas de atuação no campo de tutela do meio ambiente. (FINDLEY, 2003).

Cumpra compreender que ele é um fator preponderante, que há de estar acima de quaisquer outras considerações como as de desenvolvimento, como as de respeito ao direito de propriedade e como as de iniciativa privada (SILVA, 2000, p. 28, 67).

Afirma Santos (2014, p. 15) que:

Como linguagem de dignidade humana, é hoje incontestável. No entanto, esta hegemonia convive com uma realidade perturbadora. A grande maioria da população mundial não é sujeito de direitos humanos. É objeto de discursos de direitos humanos. Deve, pois, começar por perguntar-se se os direitos humanos servem eficazmente à luta dos excluídos, dos explorados e dos discriminados ou se, pelo contrário, a tornam mais difícil.

(...)

Por outras palavras, será a hegemonia de que goza hoje o discurso dos direitos humanos o resultado de uma vitória histórica ou, pelo contrário, de uma derrota histórica? Qualquer que seja a resposta dada a estas perguntas, a verdade é que, sendo os direitos humanos a linguagem

hegemônica da dignidade humana, eles são incontornáveis, e os grupos sociais oprimidos não podem deixar de perguntar se os direitos humanos, mesmo sendo parte da mesma hegemonia que consolida e legitima a sua opressão, não poderão ser usados para a subverter? Ou seja, poderão os direitos humanos ser usados de modo contra-hegemônico? Em caso afirmativo, de que modo? Estas duas perguntas conduzem a duas outras. Por que há tanto sofrimento humano injusto que não é considerado uma violação dos direitos humanos? Que outras linguagens de dignidade humana existem no mundo? E, se existem, são ou não compatíveis com a linguagem dos direitos humanos?

Roger W. Findley, aí se acham expostas as características centrais dos novos problemas ambientais (FINDLEY, 2003, p. 12):

[...] As três características podem ser expressas em termos de escala: espacial, temporal e consequential. No que tange à dimensão espacial, os problemas ambientais modernos, em geral, não são locais ou mesmo nacionais, mas sim globais; são problemas de larga escala, internacionais. Relativamente à segunda dimensão, tempo, tais problemas são marcados simultaneamente por contração e expansão: contração porque o crescimento exponencial das populações humanas e de novas tecnologias aumenta a taxa às quais eles se desenvolvem; e expansão por conta de uma prolongada latência em algumas instâncias, e longos períodos de recuperação em outras. A latência prolongada é característica de muitos tipos de câncer; 30 anos podem decorrer entre a exposição humana a uma substância tóxica e o surgimento de um tumor maligno. No que diz respeito a longos períodos de recuperação, um bom exemplo é o aquecimento global: os efeitos climáticos que dele possam decorrer não serão revertidos por várias gerações humanas. A terceira dimensão tem a ver com os piores cenários, que podem ser catastróficos, irreversíveis e de alcance planetário em seu impacto.

As supraditas manifestações, representam a nova concepção atinente aos direitos humanos - em que está incurso o meio ambiente - fundamentada, em suma, na necessidade de extensão não só as presentes, mas também às futuras gerações. E a noção de intergeracionalidade está ligada à solidariedade entre as gerações futuras e presentes no sentido de preservar o meio ambiente, atuando com postura sustentável, para que, assim, as próximas gerações possam continuar usufruindo de nossos recursos naturais.

Certamente não é casual que a Resolução 43/53 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 06.12.1988, seguida das Resoluções 44/207, de 1989,

e 45/212, de 1990, da mesma Assembleia Geral, tenham expressado que a mudança de clima constitui um “interesse comum da humanidade”, uma vez que, nos termos de seu primeiro parágrafo, o clima era “uma condição essencial a sustentar a vida na terra”. Hoje nota-se, claramente, um ponto de contato entre a proteção dos direitos humanos e a proteção ambiental.

Em sua Resolução 44/228, de 22.12.1989, pela qual decidiu convocar uma Conferência das Nações Unidas, reconheceu níveis (global, regional e nacional), envolvendo o compromisso e a participação de todos os países; a resolução afirmou ademais que a proteção e o fortalecimento do meio ambiente eram questões de importância capital que afetavam o bem-estar dos povos, e singularizou, como uma das questões ambientais de maior interesse, a “proteção das condições da saúde humana e a melhoria da qualidade de vida”

Segundo Trindade (1993, p. 117)

De certo modo, a preocupação com a proteção dos direitos humanos é subjacente aos instrumentos de direito ambiental na medida em que estes últimos visam a proteção do meio-ambiente, que, em última análise, beneficiará os seres humanos e a humanidade. Isto significa, em outro modo de dizer que o reconhecimento do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não resulta em nenhuma prerrogativa privada, mas apenas na fruição em comum e solidária do mesmo ambiente com todos os seus bens. De fato, “não é possível, em nome deste direito, apropriar-se individualmente de parcelas do meio ambiente para o consumo privado. O caráter jurídico do meio ambiente ecologicamente equilibrado é de um bem de uso comum do povo. Assim, a realização individual deste direito fundamental está intrinsecamente ligada à sua realização social.

A melhor compreensão dos efeitos resultantes das atividades humanas contra o meio ambiente, culminou em uma evolução no modelo de regulamentação ambiental internacional, que passou a conceber conceitos de gerenciamento e planejamento dos recursos naturais, além da coercibilidade de medidas intentadoras de proteção. Inexorável a relação do meio ambiente com o direitos da humanidade, que densificam Princípio da responsabilidade Intergeracional com gênese em Tratados, Convenções e Declarações Internacionais desta natureza, plasmando para os sistemas jurídicos internos e no plano externo.

Contudo, isto não é suficiente, não é capaz e nem mesmo permite a melhor instrumentalização da proteção ambiental, consoante se pretende demonstrar no próximo capítulo.

4 O PARADIGMA DA EXISTÊNCIA DE TRIBUNAIS INTERNACIONAIS COMO ENTIDADES DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS HUMANOS TRANSNACIONAIS E INTERGERACIONAIS: NECESSIDADE E ADEQUAÇÃO

Viu-se que cuidar e proteger o meio ambiente é zelar pela vida humana em seu coeficiente mínimo existência, isto é, diretamente ligado à dignidade da pessoa humana. Portanto, um ato lesivo ou causador de desequilíbrio ilícito ao meio ambiente, uma falta de regulação ou punição quanto a este, viola direitos humanos. Por conseguinte, pode se sujeitar às consequências previstas nos tratados internacionais desta natureza e à jurisdição das respectivas cortes.

Porém, a questão ambiental ultrapassa fronteiras e os interesses humanísticos. É multifacetada, envolve todos os povos e respectivos estados soberanos. Requer uma análise a partir da descentralização, isto é, nem antropocêntrica e nem ecocêntrica, mas sim globalizante, sistêmica e concatenada, afeta mesmo a noção de sustentabilidade, ubiquidade e cooperação.

As premissas da sustentabilidade e ubiquidade se unem e formam um pressuposto basilar que sustenta o dever, a necessidade e a adequação da constituição de um tribunal ambiental internacional, a fim de permitir a adequada preservação intergeracional do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Não por outro motivo, a “Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento” instituiu o Princípio 4 que:

Para alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental constituirá parte integrante do processo de desenvolvimento e não poderá ser considerada isoladamente deste. Este enunciado busca aproximar sistemas que operam com racionalidades totalmente diversas, conflitivas e de difícil harmonização.

José Joaquim Gomes Canotilho eleva a sustentabilidade ao patamar de princípio estruturante do Estado Constitucional, composto por outros princípios de tamanha importância, tais como a democracia, liberdade, juridicidade e igualdade, que, nas palavras do autor:

Tal como outros princípios estruturantes do Estado Constitucional – democracia, liberdade, juridicidade, igualdade – o princípio da sustentabilidade é um princípio aberto carecido de concretização conformadora e que não transporta soluções prontas, vivendo de ponderações e de decisões problemáticas.

Isto significa, que ordem jurídica lhes determina relevância, ou, noutros termos, a condição de interesse juridicamente relevante, com conseqüências impostas e que por todos os destinatários da norma devem ser seguidos, já que, dentro destas expressões e dos comportamentos exigidos a partir destas, pode-se localizar nos sistemas normativos um complexo de normas possíveis de constituir uma unidade, isto é, sempre que caracterize algo para efeitos de direito.

Compreende-se, destas leituras, que os sistemas jurídicos de tutela ambiental sujeitam a a um regime jurídico que condiciona seus atos, suas manifestações, sua propriedade, uso, gozo e fruição, à delimitações e aproveitamentos da ordem econômica, social e de preservação ambiental. Daí porque, em rigor, há sempre nas atividades e interesses humanos e respectivos bens, deveres, utilidades e função social, mas também econômica e outros ecológicos, que formam um conjunto sinérgico de aderências de valores ao sistema jurídico que devem nortear os comportamentos inerentes àqueles que detêm direito e deveres de como autoridades pública, no contexto de cidadão, bem como a toda a coletividade, no plano interno e internacional.

É possível, porém, recortar, desde logo, o imperativo categórico que está na gênese do da ubiquidade, cooperação e da sustentabilidade: os humanos devem organizar os seus comportamentos e ações de forma a não viverem: (i) à custa da natureza; (ii) à custa de outros seres humanos; (iii) à custa de outras nações; (iiii) à custa de outras gerações (CANOTILHO, 2010).

Atualmente, muito do que se verifica em matéria de tutela internacional do meio ambiente, relaciona-se com a jurisdição para a defesa dos direitos do homem. Com efeito, a edição e publicação da Declaração Universal de Direitos do Homem, em 1948, os Estados, mitigaram, em momentos ímpar e único da jornada humana, parcela da sua soberania.

Bosselmann (2008) assevera que

Apesar de não ser possível fazer derivar o direito do ambiente de uma “lei da natureza” objectiva, a sua própria existência reflecte a visão partilhada de que o ambiente indispensável. Neste sentido, a protecção da vida e da dignidade humana e a protecção do ambiente resultam da mesma preocupação básica relativamente à vida.

Ainda sobre o tema, Bosselmann (2008) ensina que isto não pode ser compreendido como uma auto-restricção voluntária dos Estados, mas como conseqüência da natureza dos direitos humanos, que estão ancorados no direito natural, reflectindo princípios morais universais.

Em âmbito regional, alguns tratados de direitos humanos versam e reconhecem formalmente o direito ao ambiente. Na Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, por exemplo, se diz que “todas as pessoas têm o direito a um ambiente geral satisfatório, que seja favorável ao seu desenvolvimento”. Por outro lado, nas Américas, o Protocolo Adicional à Convenção Interamericana de Direitos Humanos, na orbita dos Direitos Económicos e Sociais, assegura, em seu artigo 11, o direito a um ambiente saudável. Quando elevamos esta análise aos níveis europeu e global, percebemos que há uma tendência ao reconhecimento dos catastróficos reflexos que a degradação ambiental pode geral defronte ao direitos humanos, sendo, muitas vezes tratada como atentado a humanidade, incidindo as regras internacionais sobre o tema, incluindo a sujeição de matérias à jurisdição das cortes internacionais – como no Tribunal Internacional de Justiça ou Corte Internacional de Justiça, com sede em Haia. Instituída pelo artigo 92 da Carta das Nações Unidas: “A Corte Internacional de Justiça constitui o órgão judiciário principal das Nações Unidas. Funciona de acordo com um Estatuto estabelecido com base no Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional e anexado à citada Carta da qual faz parte integrante.” Sua principal função é de resolver conflitos jurídicos a ele submetidos pelos Estados e emitir pareceres sobre questões jurídicas apresentadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas, pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas ou por órgãos e agências especializadas acreditadas pela Assembleia da ONU, de acordo com a Carta das Nações Unidas.

Fundado em 1945, após a Segunda Guerra Mundial, em substituição à Corte Permanente de Justiça Internacional, instaurada pela Sociedade das Nações, tem jurisdição para diversos temas de direito internacional, notadamente os de interpretação de tratados internacionais, a definição de costumes, o estabelecimento do regime jurídico de atos unilaterais, além da formulação de princípios gerais do direito internacional, da delimitação do papel do indivíduo enquanto sujeito do direito internacional e da personalidade jurídica de organizações internacionais, abordando ainda a responsabilidade internacional e a soberania de Estados, direitos de nacionalidade de pessoas físicas, jurídicas e de embarcações, a delimitação do mar territorial e da plataforma continental.

Dentro da essência do direito humano à vida, em qualquer estado e tempo, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, para as presentes e futuras gerações é, indubitavelmente, tema afeto ao direito internacional, objeto de consultas e conflitos a serem solucionados abordados pela Corte. Essa premissa, juntamente com a inequívoca relevância internacional

da questão do meio ambiente, levaram a Corte a criar, no ano de 1993, uma Câmara específica para cuidar da matéria, a denominada Câmara de Assuntos Ambientais. Ocorre que, após 13 anos de existência, nenhum caso com matéria ambiental foi apreciado pela referida instância, e houve a sua destituição em 2006.

Por tudo quanto exposto até aqui, forçoso concluir que atos, criminosos ou não, que causem danos ao meio ambiente podem ultrapassar fronteiras, preterir gerações e povos de diversas matizes, razão pela qual é parte essencial do que hoje se concebe por direito internacional e por direitos humanos, sendo que a despeito da extinção da Câmara Assuntos Ambientais no âmbito da Corte de Haia, não se pode olvidar que, pela essência do bem ambiental, a mesma tem competência, verdadeiro dever-poder de, quando provocada, responder a consultas, solucionar conflitos e punir os estados sujeitos à sua jurisdição em temas ambientais que se alinhem a atos ofensivos à humanidade em sua face internacional e intergeracional.

Entretanto, a prática nos revela que a maioria das questões ambientais passam ao largo da jurisdição internacional. Demais disso, as peculiaridades técnicas do tema e sua feição mais ampla que a meramente humanística, remonta a necessidade e adequação de uma corte capacitada e com competência específica, conforme se pretende sustentar no terceiro e derradeiro capítulo desta monografia. Mas antes, demonstrar-se-á essa afirmação, transitando pela forma incipiente em que a questão ambiental ainda é tratada como mero sucedâneo dos direitos humanos, em detrimento da forma específica e efetivamente solucionadora de conflitos desta natureza, como requer a essência do bem ambiental, notadamente seus múltiplos aspectos, sua difusividade e as suas facetas de cooperação, sustentabilidade e ubiquidade já registrada. Daí, sustenta-se como juridicamente necessário e adequado reconhecer o direito internacional ao meio ambiente, como não como mero decurso dos direitos humanos, para, então, escorreita aplicação e reforço de medidas processuais dos direitos humanos.

Como assevera Bosselmann

Para alcançar este resultado, foram seguidas suas abordagens: uma é o reforço dos aspectos processuais dos direitos humanos e a outra é o reconhecimento de um direito autônomo ao ambiente. Claramente, tanto no direito internacional como no direito interno abraçaram a ideia de que os conceitos tradicionais de direitos humanos são insuficientes para acomodar preocupações com a proteção ambiental e a sustentabilidade.

À luz do exposto, a preocupação com a proteção dos direitos humanos, bem como do meio ambiente, se acentuam e reforçam-se, a

julgar a importâncias dos mesmos para a garantia de melhores e dignas condições de vida. Mas não abrange, não concretizam e nem resguardam a efetiva, especializada e completa proteção ambiental, como se vê dos ainda incipientes casos que são apreciados, consultados, julgados e resolvidos no plano das Cortes Internacionais.

Daí porque acerta Bosselmann (2008) ao consignar que

A superior importância de sustentabilidade exige uma abordagem mais coerente, ou seja, essencialmente, um regime abrangente e unificador de obrigações e direitos humanos.“ Porém, esta interface não faz com que se possa assegurar que os já estabilizados e firmes tratados, tribunais e demais institutos e instituições de tutela dos direitos humanos sejam capazes de promover a adequada tutela ambiental, seja no plano do direito interno, seja no internacional.

Analisando o tema da jurisdição internacional e os direitos ambientais, não se pode olvidar os distintos níveis de direitos, atividades, conflitos e impactos, sejam eles internacionais, nacionais e supranacionais, que cada nível experimenta de suas próprias experiências no que para além dos direitos humanos. Outrossim, há também o aspecto comunitário necessariamente ligado às questões ambientais, como os derivados de acordos específicos como o Protocolo de Kyoto. E isto está a exigir uma jurisdição internacional que esteja apta a solução das celeumas, dúvidas e conflitos desta ordem, o que, como visto, ainda não ocorre adequadamente, como demonstrado nos capítulos anteriores.

Assim, considerando a natureza global das questões ambientais, culmina-se uma similaridade nas respostas para além de direitos humanos e crimes contra humanidade. Porém, com isso, é possível identificar, também um conjunto considerável de direitos ambientais específicos da contemporaneidade, bem como a necessidade e adequação de uma corte específica.

A despeito da indissociável e demonstrada relação entre direito ambiental e os direitos universais do homem, útil para solução de litígios, prevenção de danos e punição de responsáveis, de rigor a consolidação de cortes especializadas em matéria ambiental, seja porque nem toda questão ambiental é de direitos humanos, seja porque há tratados e temas específicos, sendo esta uma importante via apta de construção da efetiva sustentabilidade intergeracional, a saber, através de uma jurisdição própria internacional ambiental.

Com efeito, o pode se afirmar que Direito Internacional clássico não está em condições de aceitar este desafio, já que sua capacidade de

mobilização e resposta aos problemas mundiais se encontra ancorada no dogma da soberania nacional, fervorosamente respaldado pelos Estados, há que dizê-lo pela transposição a este âmbito dos princípios. Ainda que haja aberturas e inovações esperançosas enquanto à adoção de um ordenamento jurídico transnacional, caso como vimos na União Europeia, ou mesmo na ampliação dos crimes analisados pelo Corte de Haia, este tipo de modelo está longe de se generalizar e inclusive na Europa encontramos reticências e receios como foi demonstrado na recentemente conjuntura de ratificação da Constituição europeia, como contextualiza e critica a professora Alexandra Aragão, multicitada ao longo desta pesquisa, notadamente no capítulo 2, item 2.3, ao qual remetemos o leitor.

Por estas razões, com apoio na lição de Varella, entende-se que “torna-se necessário buscar outros instrumentos de coexistência, de forma de permitir a continuidade e a evolução de sistemas paralelos de cooperação internacional, cada qual com sua lógica de funcionamento que, por vezes, se cruzam e necessitam de soluções comuns. (VARELLA, 2009, p. 11)

Confira-se que, entre as tendências evolutivas do direito internacional elencadas pelo citado autor português Jorge Miranda (Miranda, 2000, p. 23-26), utilizado para a construção deste tópico do trabalho, estão a institucionalização, funcionalização, humanização, objetivação, e, como consequência lógica da junção das anteriores, a jurisdicionalização.

E estas premissas, estes elementos, notadamente a institucionalização, referem-se à tendência, cada vez maior, da criação de organismos internacionais, agências especializadas e órgãos internacionais com poderes decisórios. (MAZZUOLI, 2008, p. 51). Neste sentido, também se fundamenta a existência de uma Corte Internacional, o denominado estado de direito democrático e ambiental. O dever de cooperação, a natureza do bem ambiental, sua condição de sustentabilidade e ubiquidade exigem isso. É necessário e adequado para evitar a falta de prevenção, precaução e correção de danos ao meio ambiente em temas que transcendem territórios e plasman por todo o planeta.

Destarte, todas as formas de proteção e defesa do meio ambiente devem ser consideradas, por uma questão de essência: a sustentabilidade e a ubiquidade ambiental. Por uma questão de sobrevivência: é o meio ambiente essencial a vida. Por uma questão sobre-humana: um ato contra o meio ambiente lesa direitos humanos e mais que isso, direitos de outros seres e formas de vidas. Por uma questão intergeracional: defender o meio ambiente é respeitar o que está por vir, as futuras gerações, que não estão

aqui para fazer valer seus direitos e dependem da sociedade de hoje. Isto é justiça ecológica, que requer jurisdição internacional própria e especializada.

Visto isso, não se pode omitir que não há como - e nem é o objeto do presente trabalho - revelar, todas as formas, teses, padrões e marcos sociológicos, éticos, filosóficos e mesmo econômicos relacionados à necessidade e adequação. Por isso, seguimos o alerta de Alexandra Aragão ao afirmar que “Tornar-se-ia cedo aprofundar-nos, aqui, questões atinentes à justiça social, nas perspectivas sincrônicas e diacrônicas em matéria ecológica. Contudo, preocupa-se em abordar as questões relativas à relação entre Homem e Natureza e, por consectário, a noção de justiça ecológica.” (ARAGÃO, 2006).

Daí porque, concorda-se, também, que

O grande fundamento da justiça ecológica eclode da problemática atinente à repartição geográfica dos direitos de acesso aos bens ecológicos, afetando, assim, as relações entre Estados menos desenvolvidos, peculiarmente do hemisfério sul, com déficits econômicos, que, no entanto, ostentam um vasto patrimônio ecológico, corroborando, como grande impulsão econômica. Por outro lado, tem-se Estados altamente industrializados e desenvolvidos, que, historicamente colonizadores dos primeiros, se apropriaram para alcance das suas pretensões, do patrimônio natural das colônias. (ARAGÃO, 2006).

CONCLUSÕES

Foi demonstrado que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é matéria de interesse internacional, inerente à essência dos direitos humanos intergeracionais e fundamental à preservação das espécies. É dever de todos os estados soberanos e nações, a fim de evitar maiores danos do que os já experimentados.

Dada a sua qualidade de essencial à sadia qualidade de vida no planeta terra e capacidade de causar desequilíbrio ecológico passível de comprometer o futuro desta e a existência de novas gerações, atos, criminosos ou não, relacionados a toda e qualquer matéria ambiental e, notadamente, à emissão dos gases de efeito estufa, ultrapassam fronteiras, devendo ser tratados na esfera do direito internacional e dos direitos humanos.

Portanto, não se pode olvidar que, pela essência do bem ambiental, a mesma tem competência, verdadeiro dever-poder de, quando provocada, responder a consultas, solucionar conflitos e punir os estados sujeitos

à sua jurisdição em temas ambientais que se alinhem a atos ofensivos à humanidade ou para além desta, em sua face internacional e intergeracional.

Ademais, por ser matéria específica e objeto de pacto próprio, uma Convenção Ambiental deve constituir Tribunal Ambiental, para solucionar as questões e conflitos que surjam ao longo do tempo, aplicando, ademais, sanções àqueles que descumpram o quanto pactuado entre os signatários, dada, repita-se, a conjunção do tema ambiente a parte mais basilar, internacional, humanística, mais multifacetada, das questões relacionadas à tutela do meio ambiente.

REFERÊNCIAS

ALESSI, Renato. *Principi di Diritto Amministrativo, I soggetti Attivi e L'esplicazione della Funzione Amministrativa - Vol. I.* Milano: Giuffrè, 1978.

ALVES, Alaôr Caffé, *Lógica – Pensamento formal e argumentação – Elementos para o discurso jurídico.* Bauru: Edipro, 2000

ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito.* São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

_____. *Teoria de los derechos fundamentales.* Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ARAGÃO, Alexandra. *Direito constitucional do ambiente da União Européia.* In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 2007. p. 11-55.

ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza. *Direito comunitário do ambiente.* Coimbra: Almedina, 2002.

_____. *Direito Constitucional do Ambiente da União Européia.* In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato (organizadores). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro,* São Paulo: Ed. Saraiva, 2007, pág.41-42.

_____. *Ultrapassar o déficit ecológico em tempo de crise (económica): breves reflexões o dever de Restauração de habitats. Direito e justiça ambiental. Diálogos interdisciplinaressobre a crise ecológica / orgs. Carlos E. Peralta, Luciano J. Alvarenga, Sérgio Augustin. - Caxias do Sul, RS : Educs, 2014.*

_____. O princípio do poluidor-pagador: pedra angular da política comunitário do ambiente. *Stvdia Ivridica*, 23. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

_____. O princípio do nível elevado de proteção e a renovação ecológica do Direito do Ambiente e dos resíduos. Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. Princípio da precaução: manual de instruções”, *RevCEDOUA*, 22, ano XI, 2.08, 9 57.

_____. “Princípio da precaução: manual de instruções”. *RevCEDOUA*, 22, ano XI, 2.08, 9 57.

_____. Prevenção de riscos na União Europeia: o dever de tomar em consideração a vulnerabilidade social para uma protecção civil eficaz e justa. In: *Revista Crítica de Ciências Sociais [Online]*, 93 | 2011. <http://rccs.revues.org/174> Acesso em 10/11/2016.

BARONI, M. Ambigüidade e deficiências do conceito de desenvolvimento sustentável. *Rev. Adm.Empr.* 32(2):14-24,1992. BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2010.

BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição Brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 77-150

BITTAR, Eduardo C. B. O direito na pós-modernidade e reflexões frankfurtianas. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004

_____. O positivismo jurídico. *Lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BOSELNANN, Klaus. “Direitos Humanos, Ambiente e Sustentabilidade”. *Revcedoua*: nº 21_Ano XI_1.08. p.9-38. Coimbra: 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. Malheiros Editores. 2007

_____. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Do estado liberal ao estado social. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Declaração de Estocolmo. Disponível em: Acesso em: 09 maio 2015. _____. Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Disponível em: Acesso em: 09 maio 2015.

BUCCI, Maira Paula Dallari. A Comissão Bruntland e o conceito de desenvolvimento Sustentável no processo histórico de afirmação dos direitos humanos. IN Direito Econômico, DERANI, Cristiane, 2ª ed. São Paulo, Max Limonad, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, Rubens Morato (Orgs.). ARAGÃO, Alexandra, BENJAMIN, Antônio Herman; AYALA, Patrick de Araújo. Direito Constitucional Ambiental Brasileiro . 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional Ambiental português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). Direito Constitucional Ambiental brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1-11.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada. In: FERREIRA, Helene Sivini; LEITE, José Rubens Morato (Org.). Estado de Direito Ambiental: tendências: aspectos constitucionais e diagnósticos. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 3-16.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada. In: FERREIRA, Helene Sivini; LEITE, José Rubens Morato (Org.). Estado de Direito Ambiental: tendências: aspectos constitucionais e diagnósticos. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 3-16.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). Direito Constitucional Ambiental brasileiro . São Paulo: Saraiva, 2007

CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume 1. São Paulo: Editora RT, 2007.

_____. Fundamentos da Constituição. Coimbra: Almedina, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994.

_____. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Livraria Almedina, 1996.

_____. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. Estudos sobre Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

_____. José Joaquim Gomes. O direito ao ambiente como direito subjectivo. A tutela jurídica do meio ambiente: presente e futuro. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

_____. O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. Revista de Estudos Politécnicos, Vol. VIII, nº 13, p. 007-018, 2010; disponível em <http://www.scielo.oces.mctes.pt/pdf/tek/n13/n13a02.pdf>; Acesso em 29/08/2016.

CAPELLA, Juan Ramon. El Derecho Como Lenguaje. Barcelona: Ariel, 1968.

CARRIÓ, Genaro. Nota preliminar. In: HOHFELD, W. N. Conceptos jurídicos fundamentales. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, 1968.

_____. Notas sobre Derecho e Lengaje. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1965.

_____. Principios Jurídicos Y Positivismo Jurídico. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970.

CATALAN, Marcos Jorge. “Fontes Principiológicas do Direito Ambiental”. in Revista de Direito Ambiental nº 38. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, ano 10 - abril/junho

2005.

COELHO, Luiz Fernando. Teoria crítica do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COLLADO, Pedro Escribano. La Propriedad Privada Urbana (Encuadramiento e Regimen). Madrid: Montecorvo, 1979.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COSSIO, Carlos. *Teoría ecológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006

DINIZ, Maria Helena. *A ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Conceito de norma jurídica como um problema de essência*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Compêndio de Introdução a Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Compêndio de Introdução a Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1991.

ESPINOSA, H.R.M. *Desenvolvimento e meio ambiente sob nova ótica*. *Ambiente*, 7(1):40-4,1993.

ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch, 1961.

FERRAZ JÚNIOR. Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. São Paulo: Atlas, 1977.

_____. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRAZ, Sérgio. *Direito ecológico: perspectivas e sugestões*. *Revista da Consultoria Geral/Estado do Rio Grande do Sul*, v. 2, n. 4, p. 43-52, 1972.

FERREIRA FILHO. Manuel Gonçalves. *Sete vezes democracia*. São Paulo: Convívio, 1977.

FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FINDLEY, Roger W. *The future of environmental law*. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 8, nº 31, pp. 9-19, jul./set. 2003, p. 12.

FOSTER, Caroline E. Science and the precautionary principle in international courts expert evidence, burden of proof and finality. Cambridge: CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS, 2011

FRAGA, Gabino. Derecho Administrativo. México: Editorial Porrúa, 1973.

FRAGA, Jesús Jordano. El derecho ambiental del siglo XXI. Revista de Direito Ambiental. n 36. out./dez. 2004. p. 235-255.

GARCEZ, Gabriela Soldano; FREITAS, Gilberto Passos de. O direito ambiental como elemento integrante do núcleo do mínimo existencial, a fim de garantir os demais direitos da personalidade. In: Revista Jurídica Cesumar Mestrado . v. 14, n. 2, p. 321-339, jul./dez. 2014.

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. El Principio de sostenibilidad y los Puertos: A Atividade Portuária com garantidora da dimensão econômica e social do Princípio da Sustentabilidade. 2011. 451 f. Tese (Doutorado) - Curso de Derecho, Departamento de Facultad de Derecho, Universidad de Alicante, Espanha, 2011.

GIORGI, Raffaele de. Direito, Democracia e Risco: vínculos com o futuro. IN ARRUDA, Domingos Sávio de Barros. A categoria acautelatória da responsabilidade ambiental. São Paulo: Revista de Direito Ambiental – 42, abril/maio/junho, 2005.

GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. São Paulo. Malheiros, 2005.

_____. Direito, Conceitos e Normas Jurídicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2005.

_____. O Direito posto e o Direito Pressuposto. São Paulo: Malheiros, 2005.

GREIMAS, Algirdas Julien. Semiótica e Ciências Sociais. São Paulo: Cultrix, 1981, p. 76

GUASTINI, Riccardo. Das fontes às normas. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GUIMARÃES, Ylves José de Miranda. Direito Natural - Visão Metafísica e Antropológica. São Paulo/Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

HESPANHA, Benedito. *Direito processual e a Constituição: a relevância hermenêutica dos princípios constitucionais do processo*. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, nº 48. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

HESSEN, Johannes. *Teoria do Conhecimento*. Coimbra: Armenio Amado Editor, 1980

HOSPERS, John. *Introducción al Análisis Filosófico*, Tomo I. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1966.

HUMBERT, Georges Louis Hage. *Conceito de direito, de norma jurídica e de princípios jurídicos*. Salvador: Editora 2 de Julho, 2015.

_____. *Direito Urbanístico e função socioambiental da propriedade imóvel urbana*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. *Funções sociais da cidade: conteúdo jurídico*. Salvador: Editora 2 de Julho, 2015.

_____. *O direito e o fenômeno político*. *Revista Novatio Iuris*, n.º 3, jul – 2009.

POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. São Paulo: Cultrix, 2007

KELSEN, Hans. *Teoria do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1995

_____. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KIRCHMANN, Julio Germán von. *El carácter a-científico de la llamada ciencia del derecho*. In: *La Ciencia del derecho*, Savigny, Kirchmann, Zitelmann, Kantorowicz, Buenos Aires, Losada, 1949.

KISS, Alexandre; Shelton, Dina. *International Environmental Law*, New York: Transnational Publishers, 1991.

KRELL, Andreas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Hugo Wolfgang (Org). A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LE CORBUSIER. Princípios de Urbanismo. La Carta de Atenas. Barcelona: Editora Ariel, 1975.

LEITE, José Rubem Morato. Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Estado de direito do ambiente: uma difícil tarefa. In: LEITE, José Rubens Morato (Org.). Inovações em direito ambiental. Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux, 2000.

LIMA, Ruy Cirne. Princípios de Direito Administrativo. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1982.

LOPEZ, Angel M. Lopez Y. La Disciplina Constitucional De La Propriedade Privada. Madrid: Tecnos, 1988.

LOPES, José Ronaldo de Lima. Direitos sociais – teoria e prática. São Paulo: Método, 2006

LUHMANN, Niklas. Introdução à Teoria dos Sistemas. Rio de Janeiro: Vozes, 2009.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez Luño. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Madrid: Tecnos, 1999.

MACHADO NETO, A. L. Compêndio de Introdução à Ciência do Direito. São Paulo: Saraiva, 1988.

MARTÍN MATEO, Ramón. Manual de Derecho Ambiental. Navarra: Editorial Aranzadi, SA, 2003.

MAYNEZ, Eduardo García. Importancia de la teoría jurídica pura. Ciudad de México: Distribuciones fontamara, 1999.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de direito internacional. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. Direito internacional público. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

_____. O controle jurisdicional da convencionalidade das leis. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2009.

MELO, Francisco Carlos Carvalho de; OLIVEIRA, Maurício de. Desenvolvimento sustentável: origens e noções conceituais. Mossoró-RN: Fundação Vingt-Un Rosado, 2000.

MIRANDA, Jorge. A incorporação ao direito interno de instrumentos jurídicos de direito internacional humanitário, e direito internacional dos direitos humanos. Revista CEJ. Brasília, n. 11, p. 23-26, 2000.

_____. Curso de Direito Internacional Público. Coimbra: Principia, 2016.

_____. Manual de Direito Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

_____. Teoria do Estado e da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MAILLE, Michel. Introdução crítica do direito. Lisboa: Editorial Estampa, 1989.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Introdução ao direito ecológico e ao direito urbanístico: instrumentos jurídicos para um futuro melhor. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

MÜLLER, Friedrich. Métodos de Trabalho do Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. Teoria Estruturante do Direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009..

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados. Viena: ONU, 1969

_____. Corte Internacional de Justiça. Haia, 1996. PRING, George; PRING, Catherine. Greening Justice: creating and improving environmental courts and tribunals. 2009. (The Access Initiative). Disponível em: <<http://moef.nic.in>>. Acesso em: 28 SET. 2016.

PERALTA, Carlos E. Peralta, ALVARENGA, Luciano J, AUGUSTIN Sérgio. Direito e justiça ambiental. Diálogos interdisciplinares sobre a crise ecológica. Caxias do Sul, RS : Educs, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil - Direitos Reais, vol IV. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos internacionais e jurisdição supranacional: a exigência da federalização. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_federalizacao.html>. Acesso em: 12 out. 2016.

PORTUGAL. Constituição (1976). Constituição da República Portuguesa de 1976, com as alterações adotadas pela Lei Constitucional nº 1, de 1997. Lisboa: Almedina, 2000.

Tratado da Comunidade Européia. Disponível em: <<http://europa.eu.in/abc/obj/treaties/pt/pttoc01.htm>>. Acesso em: 15 jul. 2003.

RAO, Vicente. Direito e a Vida dos Direitos. São Paulo: RT, 1991.

RAZ, Joseph. O conceito de sistema jurídico: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

REALE, Miguel. Filosofia do Direito. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. Lições preliminares de direito. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Teoria tridimensional do direito. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROCHA, Maria Isabel de Matos. Reparação de danos ambientais. Revista de Direito ambiental São Paulo, ano 2, n. 19.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Elementos de Direito Ambiental: Parte geral. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RODRIGUES, Melissa Cachoni; ARANTES, Olivia Nagy. Direito ambiental etecnologia: uma abordagem sobre os transgênicos sociais. Curitiba: Juruá, 2004.

RODRIGUES, Melissa Cachoni. Direito Internacional Ambiental. - A Proposta de Criação do Tribunal Ambiental Internacional. Curitiba: Juruá Editora, 2013.

ROSS, Alf. Direito e justiça. São Paulo: Edipro, 2003.

SANTIAGO NINO, Carlos. Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación. Buenos Aires: Astrea, 1989.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Se Deus fosse um Ativista dos Direitos Humanos*. São Paulo: Cortez, 2014

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

_____. *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível*. In *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional / Béatrice Maurer ... [et. al.] org. Ingo Wolfgang Sarlet*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SENDIM, José de Souza Cunhal. *Responsabilidade Civil por Danos Ecológicos- da reparação do dano através da restauração natural*. Coimbra: Coimbra, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Silva. Aplicabilidade Das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2007

_____. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo. Malheiros, 2005.

_____. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo. Malheiros, 2003.

SILVA, de Plácido e. *Vocabulário jurídico*. v. IV. São Paulo: Forense, 1975

_____. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVEIRA, Alessandra. *Da interconstitucionalidade na União Europeia (ou do esbatimento de fronteiras entre ordens jurídicas)*”. In: *Scientia Iuridica*, tomo LVI, n.º 326, 2011.

STEIN, Paul. *Direito Ambiental Mito ou Realidade? um tribunal especializado em meio-ambiente: uma experiência australiana*. In: FREITAS,

Vladimir Passosde (Org.). *Direito ambiental em evolução*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direitos humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

_____. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

WOOLF, Lord. *Access to justice, final report*. London: Lord Chancellors Department, 1996.

WOLKMER, Maria de Fátima Schumacher; LEONARDELLI, Pavlova Perizzollo. O princípio da equidade integracional no direito ambiental e a busca de uma ética da vida. *Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI*. Itajaí, v.8, n.1, 1º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

UNIÃO EUROPEIA. *Tratados Consolidados. VERSÕES CONSOLIDADAS: DO*

TRATADO DA UNIÃO EUROPEIA; DO TRATADO SOBRE O FUNCIONAMENTO DA UNIÃO EUROPEIA; CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA. 2010. Disponível em: http://europa.eu/pol/pdf/consolidated-treaties_pt.pdf. Acesso em: 19 nov. 2016.

UNITED NATIONS. *Rome Statute*. Disponível em: <http://www.un.org/law/icc/statute/romefra.htm>. Acesso em 10 set. 2016.

VARELLA, Marcelo D. *Direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 2009.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. São Paulo: Noeses, 2005.

_____. *Causalidade e relação no direito*. São Paulo: RT, 2000.

_____. *Escritos jurídicos e filosóficos*. São Paulo: Axis Mundi, 2003. v1 e v2.

VIEHWEG, Theodor. Tópica e jurisprudência. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El Derecho Dúctil. Ley, Derechos y Justicia. Madrid: Trotta, 1995.

CAPÍTULO 20

CAUTELAS RELATIVAS AO OBJETO DA LICITAÇÃO PÚBLICA

GILBERTO BERNARDINO DE OLIVEIRA FILHO

Especialista em Direito Constitucional e Direito Administrativo pela Escola Paulista de Direito – EPD; Especialista em Interesses Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo; Consultor Jurídico na área de Licitações e Contratos Administrativos e Direito Administrativo; Editor, Professor e Diretor Jurídico da SGP – Soluções em Gestão Pública; ex-Gerente Técnico de Eventos Jurídicos e Consultor da Editora NDJ; Autor de diversos artigos jurídicos.

INTRODUÇÃO

A busca pelo melhor preço nas contratações públicas, por objetos de boa qualidade e que atendam ao interesse público perseguido não mais deve ser vista como uma utopia. Muito pelo contrário, esta tem sido a atual realidade de grande parte dos órgãos e entidades que compõem as Administrações Públicas e uma conquista efetiva da sociedade brasileira.

Para atingir a seus objetivos precípuos, assim como alcançar uma contratação não sujeita a questionamentos e verdadeiramente vantajosa, deve o Poder Público, *em regra*, valer-se das licitações públicas.

Dissemos *em regra* porque o Poder Público muitas vezes pode valer-se de procedimentos de contratação direta, por dispensa ou inexigibilidade de licitação.

Sinteticamente, a licitação configura-se como um procedimento administrativo composto por duas fases: a *fase interna ou preparatória* e a *fase externa*.

Já na *fase interna ou preparatória* iniciam-se os trabalhos de elaboração do edital de licitação, objeto de nosso estudo.

Por sua vez, na *fase externa ou operacional* é que nasce a licitação propriamente dita, por meio do aviso de chamamento dos interessados, momento em que o instrumento convocatório da licitação (edital ou carta-convite) já está concluído e supostamente apto a orientar todos os interessados em participar da disputa.

No respectivo instrumento convocatório, o objeto pretendido pela Administração deverá estar devidamente descrito, de forma a viabilizar o oferecimento de propostas comerciais adequadas, firmes e seguras, bem como uma contratação que efetivamente atenda às reais necessidades administrativas.

Este estudo tem por objetivo apresentar algumas peculiaridades relativas ao objeto das licitações públicas em geral, bem como necessárias cautelas em sua perfeita descrição no instrumento convocatório, como cumprimento ao art. 40, inc. I, da Lei nº 8.666/93 e art. 3º, inc. II, da Lei nº 10.520/02.

1 DESCRIÇÃO DO OBJETO

Merece uma atenção toda especial a descrição do objeto pretendido pela Administração Pública. A partir desta descrição é que iniciará o caminho para o atingimento ou não do interesse público perseguido.

Nos dizeres do mestre Marçal Justen Filho¹, “A expressão ‘objeto da licitação’ pode ser definida como o bem ou a utilidade que a Administração busca adquirir ou alienar. É o objeto sobre o qual versará o contrato que a Administração pretende firmar”.

A Lei nº 8.666/93, em seu art. 40, inc. I, prescreve que o ato convocatório deverá indicar o objeto da licitação, em descrição *súcinta e clara*.

De longa data o brilhante professor Carlos Ari Sundfeld² já afirmava que “cumpre ao edital definir o objeto da disputa com precisão e clareza, e sem especificações excessivas ou desnecessárias”.

Por sua vez, o art. 3º, inc. II, da Lei nº 10.520/02 (Lei do Pregão) determina que a definição do objeto deverá ser *precisa, suficiente e clara*, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição.

1. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 17ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 811.

2. Licitação e contrato administrativo. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 101.

Na verdade, a descrição do objeto pretendido pela Administração é indispensável para a legalidade do ato convocatório, não podendo, *em regra*, ser omitida.

E dizemos *em regra*, tendo em vista que, para Diogenes Gasparini³,

“(…) A descrição só é dispensável quando se tratar de objetos definidos oficialmente e se do edital constarem os elementos referenciais para sua perfeita identificação. Dessa espécie são alguns equipamentos caracterizados pela Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT ou as construções padronizadas em que o respectivo projeto está devida e oficialmente definido pela entidade obrigada a licitar”.

Com efeito, a descrição do objeto da licitação deverá apresentar *todos* os elementos capazes de esclarecer aos interessados em participar do certame licitatório, o mais sucinto *possível*, o que a Administração efetivamente pretende contratar.

Perceba-se que a Administração Pública não poderá, sob a alegação de a descrição do objeto dever ser *sucinta*, omitir informações indispensáveis para a perfeita caracterização e identificação do objeto pretendido, em face de suas necessidades administrativas e do interesse público perseguido.

Por outro lado, também não será admitida uma descrição do objeto com tamanho detalhamento que acabe por direcionar injustificadamente o certame licitatório para uma marca específica, para certa empresa ou grupo de empresas. Esta prática, infelizmente ainda comum, acaba por frustrar o caráter competitivo da licitação, seja qual for a modalidade licitatória, inserindo a Administração nas vedações impostas pelo inc. I do § 1º do art. 3º da Lei nº 8.666/93, que se aplica subsidiariamente à modalidade pregão, por força do art. 9º da Lei nº 10.520/02.

Logo, *a descrição do objeto da licitação não pode ter o condão de direcionar o certame para determinada marca, licitante ou grupo de licitantes*, sob pena de eivar todo o procedimento licitatório com vício de ilegalidade passível de invalidação.

Assim sendo, o ato convocatório deverá detalhar ao máximo o objeto a ser adquirido e suas características, sem que ocorra qualquer direcionamento *injustificável*, para que, ao término do certame, não vença proposta cujo produto não atenda às reais necessidades da Administração.

Ademais, saliente-se que a descrição do objeto constante do ato convocatório é imodificável, não podendo ser alterada pelos licitantes em suas propostas comerciais, sob pena de desclassificação.

3. Direito administrativo. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 552.

Contudo, a constatação posterior de real necessidade de modificação da descrição do objeto requer, além da obrigatória alteração do instrumento convocatório, uma análise mais acurada de eventuais reflexos na fase interna da licitação, na medida em que toda a pesquisa mercadológica e elaboração de orçamento estimado teriam se baseado na descrição originariamente equivocada.

2 INDICAÇÃO DE MARCA

A indicação de *marca* nos processos licitatórios em geral encontra-se vedada pelos arts. 7º, § 5º, e 15, § 7º, inc. I, da Lei de Licitações (também aplicáveis à modalidade pregão, por força do art. 9º da Lei nº 10.520/02), especialmente em face do princípio da competitividade, exceto nos casos em que ocorra ampla *justificativa técnica* (art. 7º, § 5º) ou haja um *prévio processo de padronização* (art. 15, inc. I).

Também não seria possível, reiterar-se, as especificações do objeto, delineadas no edital, acabarem por direcionar o certame para objetos de determinada marca e modelo.

Acerca do assunto, entende o saudoso Diogenes Gasparini⁴:

“A eleição da marca ou a adoção do estander próprio somente pode acontecer mediante prévia e devida justificativa, *lastreada em estudos, laudos, perícias e pareceres técnicos, em que as vantagens para o interesse público fiquem clara e sobejamente demonstradas*, sob pena de caracterizar fraude ao princípio da licitação. Nada, portanto, pode ficar ao critério subjetivo, discricionário, da autoridade administrativa” (grifo nosso).

Tratando-se de indicação de marca ou especificações exclusivas para um caso isolado, vale dizer, uma situação excepcional que não constitua uma necessidade permanente da Administração, deve ser realizada a *ampla justificativa técnica no respectivo processo*.

No entanto, tratando-se de necessidades constantes da Administração, ou seja, havendo sempre a necessidade de adquirir materiais ou bens de uma determinada marca, a exemplo do que comumente ocorre *no caso de aquisição de automóveis para compor a frota de veículos da Administração*, realmente deve ser realizado, desde logo, o devido *processo de padronização*, com fundamento apenas no art. 15, inc. I, da Lei de Licitações.

A padronização apenas deve ser adotada se oferecer real interesse para os serviços públicos, não devendo ficar ao alvedrio da Administração,

4. Direito administrativo. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 537.

porquanto a falta de demonstração das suas vantagens pode ensejar sua anulação (administrativa ou judicial) e, via de consequência, a responsabilização do agente que a determinou.

Por essas razões, a padronização deve ser objeto de *processo administrativo próprio*, aberto e instruído com toda transparência e conduzido por uma Comissão criada para tal finalidade.

Encerrada a instrução do processo administrativo de *padronização*, cumpre à Comissão analisar o conjunto de elementos trazidos para o processo e, em função deles, oferecer relatório em que reste *inquestionavelmente demonstrada a conveniência da padronização*, que será, ato contínuo, encaminhado à autoridade competente, para promover, caso se mostre vantajosa e o único meio de se atender ao interesse público (conveniência e oportunidade), a aludida padronização.

O ato de acolhimento da padronização deverá ser publicado, a fim de que produza os seus efeitos externamente, podendo ser veiculado por meio de uma portaria ou por qualquer outro veículo exigido pela legislação do órgão ou entidade pertinente, sendo que em seu preâmbulo deverão constar os motivos ensejadores da padronização.

Todavia, ainda que ocorra prévio processo de padronização ou justificativa técnica, esta circunstância, *por si só*, não autorizaria a contratação direta por dispensa (art. 24) ou inexigibilidade (art. 25) de licitação, *se houver viabilidade de competição entre possíveis interessados em fornecer à Administração*.

Assim sendo, havendo viabilidade de competição entre diversos *fornecedores*, ainda que padronizadas ou justificadas as marcas, *será necessária a instauração da competente licitação*, sob pena de violação ao princípio constitucional do dever de licitar.

Nesse sentido, aliás, é o magistério de Diogenes Gasparini⁵:

“Uma vez institucionalizado o padrão, qualquer aquisição, em tese, dependerá de prévia licitação, tornando-se obrigatório constar do edital ou carta-convite a marca e, se for o caso, o modelo do bem desejado, padronizado nos termos do decreto, da portaria ou do ato tal ou qual. Esse esclarecimento é necessário para circunscrever o universo de proponentes e indicar que se trata de aquisição de bens padronizados. *A licitação será inexigível se um só for o fornecedor do bem padronizado*. Desse modo, a padronização, por si só, não libera a Administração Pública de licitar” (grifo nosso).

Portanto, a indicação de marca ou contratação direta de uma marca específica somente será permitida se precedida de *ampla justificativa* técnica,

5. Direito administrativo. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 539.

elaborada pelo setor técnico responsável, não bastando uma simples justificativa do setor requisitante, ou mediante prévio *processo de padronização*.

Nesse sentido, aliás, merece ressalva a lição de Jessé Torres Pereira Junior⁶, ao tratar especificamente do disposto no art. 7º, § 5º, da Lei nº 8.666/93:

“Com efeito, se se demonstrar, nos autos do pertinente processo administrativo, por meio de pareceres e/ou laudos técnicos (art. 38, VI), que certas características do material são essenciais para a adequada consecução da obra ou serviço, e tais características somente sejam encontradas em produto de determinada marca, possível será, com apoio no art. 7º, § 5º, que o ato convocatório indique tal circunstância e faça expressa alusão à marca, com exclusão de qualquer outra ou ressaltando que seria aceitável material similar, desde que portador daquelas características.

Não se trata, portanto, de a Administração preferir tal ou qual marca por questão de gosto ou idiossincrasia da autoridade, o que não seria de admitir-se porque afrontoso dos princípios da impessoalidade, da moralidade e da competitividade. Trata-se de indicar a marca que, em razão das características do produto a que se refere, seja a única capaz de atender às necessidades do serviço. Ou outra que, porque portadora das mesmas características, possa igualmente atendê-las. O que autoriza a expressa indicação da marca pela Administração é, portanto, a própria exequibilidade do objeto, que se quedaria inviabilizada se utilizado material ou produto sem aquelas características”.

Na ausência de justificativa técnica ou prévio processo de padronização, nos termos supramencionados, a Administração deverá, em seus processos de contratação, proceder a especificações do objeto, nos termos do inc. I do art. 40 da Lei nº 8.666/93, determinando suas características, sem, contudo, tecer minúcias próprias que indiquem, mesmo que indiretamente, determinado fornecedor ou marca, acabando por direcionar o certame, situação esta que poderia ensejar restrição ao caráter competitivo da licitação, inserindo-a nas vedações impostas pelo inc. I do § 1º do art. 3º da Lei nº 8.666/93.

Em linhas gerais, acrescenta-se que é possível enriquecer a especificação técnica do bem, valendo-se de um estudo técnico pelo setor competente, a fim de promover a especificação das qualidades do objeto, indicando um *padrão mínimo necessário* e por meio de esclarecimento das

6. Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública, 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 148.

virtudes desse produto, ou seja, uma definição clara sobre as características do bem a ser adquirido.

Acerca da necessidade da fixação dos padrões mínimos de qualidade do objeto, cite-se a lição do mestre Marçal Justen Filho⁷:

“A preocupação com a qualidade mínima da prestação a ser executada ao longo do contrato tem sido constante por parte da Administração. Justamente por isso, começaram a se difundir práticas diversas, destinadas a evitar o risco de o julgamento fundado no menor preço conduza à aquisição de prestações inadequadas. Avulta de relevância, quanto a esse tópico, a determinação do *padrão de qualidade mínima* exigido. O edital tem de descrever adequadamente o objeto licitado, o que se traduz não apenas numa definição genérica do objeto, mas também em atributos qualitativos reputados indispensáveis para satisfazer as necessidades da Administração. *Essas regras deverão estar presentes em todos os editais e se aplicam a todos os tipos de licitação, inclusive nos casos de menor preço*” (grifo nosso).

Cabe salientar, portanto, que a *ausência de justificativa técnica ou do processo de padronização*, assim como eventual indicação tendenciosa a um certo tipo de marca eivará todo o processo de contratação de ilegalidade.

Por sua vez, esclareça-se que o eg. Tribunal de Contas da União⁸ autorizou a possibilidade de indicação de marca, no seguinte sentido: “Em licitações referentes a compras, inclusive de *softwares*, é possível a indicação de marca, *desde que seja estritamente necessária para atender exigências de padronização e que haja prévia justificção*”.

Com efeito, perceba-se que no respectivo Acórdão⁹ de conversão da Súmula nº 270/12, resta clara a necessidade de prévio processo de padronização:

“10. A inovação interpretativa trazida pelas reiteradas deliberações desta Corte de Contas é a possibilidade de a adoção de um *procedimento de padronização ou de uniformização das características de bens e serviços*, a que alude o art. 15 da Lei nº 8.666/1993, ser perfeitamente conciliável com a identificação de marca do produto pretendido, *desde que essa discriminação seja prévia e fundamentadamente justificada não só do ponto de vista técnico, como também o mais economicamente vantajoso para a Administração Pública*” (grifo nosso).

Afora essas hipóteses, a indicação de marca encontra-se vedada. Todavia, reitere-se, nada impede que a especificação do bem pretendido seja

7. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 17ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 847.

8. Súmula nº 270/12.

9. TC-013.542/2009-9, Acórdão nº 849/12 – Plenário

aprimorada, nos termos supramencionados, a fim de afastar a oferta de bens de qualidade duvidosa.

De outra banda, nada impede que o instrumento convocatório solicite que os licitantes, em suas propostas comerciais, indiquem a marca do bem a ser ofertado à Administração Pública.

Esta prática, além de comum, é perfeitamente aceitável, na medida em que facilita muito a análise pela Administração das características do objeto ofertado e de sua conformidade ou não com a descrição constante no ato convocatório

Porém, perceba-se que, ao indicar a marca, o proponente acaba que vinculado à sua proposta comercial, sendo certo que, sagrando-se vencedor do certame e sendo contratado pela Administração, será obrigado a executar o contrato nos mesmos moldes previstos nas cláusulas contratuais, correspondentes aos termos de sua proposta julgada vencedora na licitação que precedeu a contratação, inclusive quanto à marca do objeto ofertado.

Assim ensina o jurista Hely Lopes Meirelles¹⁰:

“Propostas são as ofertas feitas pelos licitantes para execução do objeto da licitação, indicando cada qual seu modo de realização e preço, na forma e condições pedidas ou facultadas no edital ou no convite. Devem conformar-se rigorosamente com a solicitação da Administração para serem recebidas e julgadas. As propostas vinculam inteiramente os proponentes aos seus termos, durante o prazo de sua validade”.

Contudo, excepcionalmente, no caso de fornecimento, vislumbra-se a possibilidade de substituição do objeto contratado, em decorrência da constatação de fatos supervenientes que alteraram as condições de disponibilidade no mercado correlato dos produtos previamente indicados.

Dessa maneira, se, no caso concreto, por exemplo, ocorrer a suspensão da venda do produto na marca ofertada pelo licitante e efetivamente contratada (o que, aliás, deverá ser devidamente comprovado pela Administração contratante), de fato, seu fornecimento restará inviabilizado. Nessa hipótese, cremos que seria perfeitamente possível, não havendo qualquer custo adicional para a Administração, a aceitação de bens de outra marca, desde que devidamente justificada a medida e, ainda, *desde que estes bens sejam compatíveis com as características do objeto descritas no edital licitatório e no respectivo contrato*.

Em tese, até se poderia cogitar de eventual substituição do bem contratado, quando do seu efetivo fornecimento, *se não houver a descaracterização*

10. Licitação e Contrato Administrativo, 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 141.

do objeto, se forem mantidas todas as condições expressamente dispostas na proposta vencedora e, principalmente, se não houver a imposição de qualquer espécie de ônus, direto ou indireto, devendo, por fim, atender satisfatoriamente às finalidades de interesse público que a Administração buscou almejar com a realização da licitação.

Assim sendo, se os requisitos supramencionados puderem ser atendidos, poderá a Administração proceder ao necessário *aditamento contratual*, a fim de fazer constar a substituição dos bens da marca contratada pela marca sugerida e compatível, mantendo-se inalterada sua quantidade e valor.

Não obstante, veja que essa situação somente é admitida em casos excepcionais, mediante ampla justificativa, quando inviável a apresentação do bem outrora ofertado e a substituição não traga prejuízos à Administração.

É sempre oportuno mencionar as lições do Diogenes Gasparini¹¹:

“Em termos básicos, o conteúdo do contrato há de ser o do edital, embora não resulte unicamente desse ato. De fato, se o edital, como corriqueiramente se diz, é a matriz do contrato, não se tem legitimamente como aceitar qualquer discrepância entre essas duas manifestações, sob pena de nulidade do ajuste, ou, no mínimo, da cláusula destoante. (...)”

Se assim é em relação ao instrumento convocatório, com maior razão há de ser no concernente à proposta, que também integra o contrato. O conteúdo do contrato nesse particular não precisa ser idêntico ao da proposta mais vantajosa; basta que encerre mais vantagens para a contratante. Nenhuma nulidade causará ao ajuste se os termos e condições da proposta vencedora forem discutidos e a contratante obtiver mais vantagens (menor preço, menor prazo de entrega, menor juro moratório) que as originalmente oferecidas pelo proponente e as consignar no contrato. Esse afastamento do contrato em relação à proposta vencedora cremos ser sempre possível e constitucional. O que não se permite é o distanciamento entre o contrato e a proposta com prejuízos para a contratante, conforme ensina Hely Lopes Meirelles. Essa possibilidade, no entanto, não permite que o contratado entregue e a Administração Pública aceite outro bem. *Sendo o mesmo bem, admite-se modelo de qualidade superior?* (grifo nosso).

Todavia, parece-nos que o contratado não estará obrigado a substituir a marca por ele ofertada e objeto da contratação, na medida em que não deu causa à inviabilidade do fornecimento, mesmo porque poderia,

11. Direito Administrativo, 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 680.

eventualmente, ter a exclusividade no fornecimento de determinada marca, não podendo, conseqüentemente, fornecer marca diversa.

Nesse escopo, a recusa do contratado em fornecer marca diversa da contratada, sem qualquer ônus adicional para a Administração, na verdade, acarretará simplesmente a rescisão do presente ajuste, com fundamento no art. 78, inc. I, da Lei nº 8.666/93.

3 UTILIZAÇÃO DAS EXPRESSÕES “OU SIMILAR”, “OU EQUIVALENTE”

Prática comum tem sido a solicitação editalícia de uma marca “ou similar”, “ou equivalente”, ou várias marcas “ou similares”, “ou equivalentes”.

Por este modo, procura-se tentar não inserir a Administração Pública na vedação legal à indicação de marca específica.

Entretanto, parece-nos que este caminho deve ser visto com extrema cautela, na medida em que, ainda que indiretamente, poderia acabar por direcionar o certame para aquelas marcas indicadas no ato convocatório e, conseqüentemente, restringir a competição, em afronta à disciplina contida no art. 3º, § 1º, inc. I, da Lei de Licitações.

Além disso, o julgamento daquilo que é ou não similar acaba que impondo a utilização de critérios subjetivos do agente julgador, podendo suscitar, não raras vezes, interpretações divergentes entre a Administração licitadora e os próprios licitantes.

Dessa maneira, cremos que a Administração Pública deverá valer-se de *critérios objetivos* de análise da similaridade ou equivalência do objeto proposto com a marca indicada no edital.

O próprio Tribunal de Contas da União¹² já se manifestou pela possibilidade de a Administração Pública descrever em seus editais o objeto pretendido, indicando marca específica seguida das expressões “ou equivalente”, “ou similar” e “ou de melhor qualidade”.

“Será admitida a indicação de marca como parâmetro de qualidade para facilitar a descrição do objeto a ser licitado, quando seguida das expressões ‘ou equivalente’, ‘ou similar’ e ‘ou de melhor qualidade’. No caso, o produto deve ser aceito de fato e sem restrições pela Administração”.¹³

12. TC-015.597/2007-0, Acórdão nº 2300/2007, Plenário, publicado no DOU de 5/11/2007.

13. Licitações & Contratos – Orientações e Jurisprudência do TCU, 4ª ed. Brasília: TCU, Secretaria Geral da Presidência, Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010, p. 219.

De toda forma, ainda assim a Administração deve acautelar-se no tocante a eventual afronta ao disposto nos arts. 7º, § 5º, e 15, § 7º, inc. I, da Lei nº 8.666/93, posto que o próprio TCU tem entendido em algumas situações que a utilização das expressões “similar” ou “superior”, *por si só, não implica o afastamento da ocorrência de severa restrição da competitividade e de direcionamento*¹⁴.

4 SOLICITAÇÃO DE AMOSTRA OU PROTÓTIPO

Amostra, em licitações, pode ser conceituada como exemplar ou modelo de um bem já à disposição no mercado correlato e que se dá pelo proponente para demonstrar e comprovar a qualidade e as características do objeto ofertado, em face da descrição constante do instrumento convocatório.

Por sua vez, *protótipo*, em licitações, trata-se *ou* de um modelo do objeto pretendido, posto à disposição pela própria Administração Pública, para que os interessados em participar do certame tenham ciência de suas exatas características específicas; *ou* de um modelo do objeto ofertado, confeccionado pelos próprios licitantes, mas que não se encontra à disposição no mercado correlato, e fornecido à Administração Pública, a fim de que esta analise sua compatibilidade com a descrição do objeto constante do instrumento convocatório.

Com efeito, registre-se que a Lei nº 8.666/93 e a Lei nº 10.520/02 são *silentes* no tocante à exigência de *amostras* ou *protótipos* dos licitantes nos certames licitatórios em geral.

A teor do disposto no art. 40, inc. I, da Lei nº 8.666/93 e no art. 3º, inc. II, da Lei nº 10.520/02, reitera-se que a Administração apenas deverá descrever o objeto da licitação de maneira sucinta, clara, suficiente e precisa.

Em tese, essa descrição do objeto, por si só, já teria o condão de afastar produtos com qualidade reconhecidamente duvidosa, que não condigam com o determinado no instrumento convocatório.

Entretanto, não se pode negar que, nos procedimentos licitatórios convencionais (concorrências, tomadas de preços e convites), assim como em pregões, dependendo do objeto desejado, o pedido de amostras ou protótipos muitas vezes torna-se indispensável, *a fim de que a Administração possa certificar-se da qualidade do produto que pretende adquirir*.

14. Conforme se infere do Acórdão nº 2.005/12-Plenário, TC-036.977/2011-0, Ministro-Relator Weder de Oliveira, de 1/8/2012, decisão em que, inclusive, determinou a anulação da licitação, diante da infringência ao disposto no art. 3º, § 1º, inc. I, da Lei nº 8.666/93 e da violação dos princípios da isonomia e do julgamento objetivo.

Com efeito, registre-se que compete à própria Administração Pública *avaliar* e *justificar* a necessidade ou não de exigir amostra ou protótipo de produtos, em cada caso concreto.

Desta forma, tendo em vista que os arts. 28 a 31 da Lei nº 8.666/93 e 4º, inc. XIII, da Lei nº 10.520/02 não arrolam, dentre os documentos habilitatórios, a possibilidade de apresentação de amostras ou protótipos, entendemos ser descabida esta comprovação como requisito de habilitação.

Assim sendo, quanto à exigência de amostras ou protótipos nas **licitações tradicionais**, parece-nos que *o mais adequado*, salvo melhor juízo, embora controvertida e polêmica a questão, *seria sua solicitação apenas na fase de classificação das propostas comerciais*, desde que se atenha ao critério do menor preço, nos termos do seu art. 45, § 1º, inc. I, de tal modo que aqueles licitantes que apresentarem amostras que não atendam às especificações contidas no ato convocatório deverão ser desclassificados, com fundamento no art. 48, inc. I.

Outrossim, a adoção desse expediente deverá constar expressamente do edital, sob pena de não se poder utilizar dessa faculdade posteriormente, a par do princípio da vinculação ao ato convocatório, insculpido no art. 3º da Lei nº 8.666/93.

É certo que eventuais amostras ou protótipos dos produtos só deverão ser solicitadas num procedimento licitatório *se realmente a Administração Pública licitadora submetê-las a testes de qualidade, para fins de obter um parecer técnico de órgão ou entidade devidamente capacitada, registrando a aprovação ou a reprovação da amostra analisada*¹⁵.

Exigindo-se a apresentação de amostras ou protótipos, não seria possível a simples recusa de determinadas marcas de produtos, sem que se proceda aos devidos testes de qualidade em laboratórios ou institutos especializados, a exemplo do IPT, Inmetro, dentre outros.

Nesse escopo, perceba-se que as amostras ou protótipos seriam apresentados pelos licitantes, para fins de sua classificação, devendo a própria Administração Pública contratante submetê-las imediatamente aos respectivos testes de qualidade, no prazo suficiente para a conclusão de todas as análises pelo respectivo instituto especializado.

Por sua vez, no tocante à modalidade pregão, também inexistente previsão legal relativa à sua exigência.

15. PALMIERI, Marcello Rodrigues. Amostras nas modalidades tradicionais (concorrência, tomada de preços, convite) e no pregão. BLC – Boletim de Licitações e Contratos, v. 10, São Paulo: NDJ, 2006, p. 940.

Dessa maneira, se a exigência de amostras ou protótipos de bens comuns licitados mediante a modalidade pregão, de fato, for imprescindível (*o que deverá ser justificado pela própria Administração Pública, em face da natureza dos bens pretendidos*) à perfeita execução do objeto da licitação, a fim de aferir sua qualidade, poder-se-ia cogitar de exigir a apresentação de amostra apenas daquele licitante que se sagrar vencedor do certame, **após a fase recursal e a própria homologação da licitação**, dispensando os demais licitantes de tal exigência.

Por conseguinte, cremos que na modalidade pregão não seria conveniente a solicitação prévia de amostras ou protótipos de todos os licitantes antes da fase de lances, ou das empresas que não participaram da fase de lances.

A esse respeito, cite-se a lição do mestre Marçal Justen Filho¹⁶:

“Tornou-se pacífico o entendimento de ser vedada a apresentação de amostras por todos os licitantes. Essa solução infringe o princípio da proporcionalidade-necessidade, eis que somente se produz a análise da amostra apresentada pelo licitante que tenha formulado o lance de menor valor. Submeter todos os demais licitantes a apresentar amostras equivale a generalizar um encargo econômico inútil – o qual se traduz num desincentivo à participação na licitação.

(...) Adotado esse entendimento, a apresentação e o julgamento da amostra deverá ocorrer como última etapa antes de proclamar-se o vencedor do certame. Isso significa que, encerrada a fase de lances, deverá desencadear-se o exame da documentação de habilitação. Somente se passará ao recebimento e avaliação de amostras relativamente ao licitante que preencher todos os demais requisitos para ser contratado. Desse modo, evita-se que sejam promovidas as diligências relativamente à amostra em face de um licitante que não dispunha de condições de ser contratado por ausência de requisitos de habilitação (o que pode ser determinado de modo simples e rápido mediante o mero exame de documentos)” (grifo nosso).

É oportuno colacionar, ainda, a manifestação do Tribunal de Contas da União¹⁷ sobre o tema:

“A exigência de amostras a todos os licitantes, na fase de habilitação ou de classificação, além de ser ilegal, pode impor ônus excessivo aos licitantes, encarecer o custo de participação na licitação e desestimular a presença de potenciais interessados. – Acórdão 1113/2008 – Plenário

16. Pregão – Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico, 5ª ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 136-137.

17. Licitações e Contratos – Orientações e Jurisprudência do TCU, 4ª ed. Brasília: Editora do Senado, 2010, p. 531.

(Sumário)”.¹⁸

Se a amostra apresentada não condisser com o que foi cotado em sua proposta ou se ela não for apresentada, não será permitida a contratação do licitante vencedor, posto que, na verdade, ele não apresentaria situação regular no ato da contratação, devendo o pregoeiro, com base no art. 4º, inc. XXIII, da Lei nº 10.520/02, convocar os licitantes subsequentes, na ordem de classificação, para apresentação de suas amostras e, se for o caso, a celebração do contrato.

Logo, nesse caso, o preço do licitante segundo colocado não deverá necessariamente ser idêntico ao do licitante classificado em primeiro lugar, para que ocorra a adjudicação do objeto, devendo, isto sim, o pregoeiro analisar a *aceitabilidade* desta oferta subsequente, na forma do art. 4º, inc. XI, da Lei nº 10.520/02.

Ainda em pregão presencial, também se poderia cogitar a exigência de amostras apenas do *licitante classificado em primeiro lugar*, após a fase de lances e a respectiva negociação¹⁸.

Nessa outra hipótese, após a análise da amostra, sendo aprovada, o pregoeiro passaria a verificar suas condições habilitatórias. Sendo reprovada, a respectiva proposta seria *desclassificada*, devendo o pregoeiro solicitar a apresentação de amostra do licitante subsequente, e assim sucessivamente, até a obtenção de uma amostra aceitável.

Em sendo aceita a amostra, classificada a proposta e habilitada a empresa, esta seria declarada vencedora da disputa, abrindo-se a oportunidade recursal, em face de todos os atos praticados, inclusive no tocante à análise das amostras, nos termos do art. 4º, inc. XVIII, da Lei nº 10.520/02.

De toda sorte, registre-se que há quem sustente que a exigência de solicitação de amostras ou protótipos em pregões apenas seria admissível na sua forma presencial, já que no *pregão eletrônico* todo o processamento da licitação é feito por sistema eletrônico, não existindo nenhum “espaço” para o envio de amostras ao pregoeiro. Logo, este tipo de exigência acabaria por desvirtuar o pregão sob a forma eletrônica.

Porém, alerte-se que esse entendimento não é de todo pacífico na doutrina especializada, na medida em que há diversos doutrinadores que sustentam a viabilidade da exigência de amostras, inclusive em pregões eletrônicos.

18. MACHADO, Karine Lílian de Sousa Costa. Exigência de amostra em licitações na modalidade pregão. *BLC – Boletim de Licitações e Contratos*, v. 9, São Paulo: NDJ, 2007, p. 886.

De qualquer maneira, seja qual for a modalidade licitatória adotada (pregão eletrônico, pregão presencial, concorrência, tomada de preços ou convite), *a exigência de amostras dos licitantes apenas será possível se prevista no instrumento convocatório e na forma ali disposta*, tanto no concernente ao momento adequado para sua análise quanto no tocante ao prazo para sua entrega e/ou análise.

Com efeito, informe-se que os momentos supracitados seriam, a nosso ver, os *mais adequados* no tocante à exigência de amostras dos licitantes nas licitações em geral.

5 VEDAÇÃO DE PROPOSTAS QUE COTEM OBJETOS DE PÉSSIMA QUALIDADE

Em princípio, seria desnecessária a previsão expressa no ato convocatório que vede a apresentação de propostas que ofertem objetos de péssima qualidade.

A especificação clara e adequada do objeto no instrumento convocatório, sem a indicação de marca, *por si só*, já elide a participação de interessados que não estejam aptos a fornecê-lo e também afasta a oferta de objetos de péssima qualidade, que, se assim o forem, ensejará a desclassificação da respectiva proposta que não atender às especificações editalícias (cf. art. 48, inc. I, da Lei nº 8.666/93).

Ademais, caso a Administração Pública queira se assegurar ainda mais da qualidade do objeto ofertado, poderá valer-se da solicitação de amostras ou protótipos, nos termos supramencionados.

Assim, afigura-se-nos inócua e desnecessária a expressa vedação a propostas que cotem objetos de péssima qualidade, mesmo porque os licitantes estarão verdadeiramente atrelados à *descrição editalícia* do objeto, sendo certo que, se esta não for bem feita, conseqüentemente, admitirá a oferta de objetos de péssima qualidade ou de qualidade duvidosa.

O princípio da competitividade nas licitações públicas encontra-se consagrado no art. 3º, § 1º, inc. I, da Lei nº 8.666/93, bem como no art. 4º, *caput* e parágrafo único, Anexo I do Dec. nº 3.555/00 (este aplicável apenas no âmbito da União).

Portanto, em face do princípio da competitividade, a Administração Pública não poderá comprometer, restringir ou frustrar o caráter competitivo da licitação, inserindo em seus instrumentos convocatórios exigências impertinentes, inconvenientes ou irrelevantes ao interesse público perseguido.

Dessa maneira, exigências pertinentes, convenientes e relevantes são perfeitamente possíveis e não afrontam o princípio da competitividade.

Exemplificando: Atendo-se às dificuldades geralmente enfrentadas para estabelecer os critérios norteadores das licitações para aquisição de combustíveis em postos de abastecimento, em face de determinados elementos fáticos existentes nas metrópoles, tais como o trânsito, a distância entre os referidos postos, o tempo e o dinheiro despendidos para percorrê-la, dentre outros ordinariamente previsíveis, a Administração Pública até poderia limitar, no ato convocatório, como requisito à participação na licitação, o *perímetro* em que deveriam estar localizados os referidos postos de abastecimento interessados em participar do certame licitatório¹⁹.

Contudo, em face do princípio da competitividade, que rege os trabalhos licitatórios, *essa delimitação deve ser amplamente justificada e efetuada com vistas a ampliar ao máximo a viabilidade de competição*, desde que atenda, concomitantemente, ao interesse público, que fundamenta tais ajustes no âmbito administrativo.

Por outro lado, exigências impertinentes, inconvenientes ou irrelevantes deverão ser evitadas.

Exemplificando: Pretendendo-se a aquisição de determinado bem (material de escritório), a vedação editalícia de participação de empresas situadas em Municípios circunvizinhos, sob a legação de incentivar o comércio local, além de descabida, parece-nos afrontar o princípio da competitividade nas licitações.

Da mesma forma, na compra de automóveis, a descrição do objeto com tamanha minúcia que conduza ao oferecimento de veículos de luxo, quando o interesse público poderia ser perfeitamente atendido com a aquisição de veículos populares, também afrontaria o caráter competitivo da disputa.

A vedação pura e simples da participação de empresas sem fins lucrativos, quando estas perfeitamente poderiam prestar o objeto pretendido

19. É oportuno mencionar os ensinamentos do ilustre Diogenes Gasparini: "Atente-se que só as exigências inconvenientes ou irrelevantes estão vedadas. Logo, se não tiverem esse caráter, são legítimas, e disso é exemplo a obrigatoriedade de os proponentes, prestadores de serviços de manutenção e reparos de veículos, terem suas instalações no interior de certo território. Com efeito não teria sentido algum que a interessada pelos serviços dessas empresas tivesse de levar seus veículos para os necessários serviços de manutenção e reparos à sua sede, situada muito distante do local onde normalmente eles ficam (garagem). O mesmo se poderia dizer em relação a postos de abastecimento de veículos. Das respectivas licitações só podem participar fornecedores que estejam situados numa proximidade tal da Administração Pública licitante, sob pena de contrariar os princípios do interesse público e da economicidade" (cf. in *Direito Administrativo*, 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 444) (grifo nosso).

pela Administração Pública, apenas sob a alegação de que estas empresas teriam certos benefícios que a colocariam em situação de vantagem, em face das empresas comuns, a nosso ver, também teria o condão de inibir a ampla competitividade, principalmente tendo em vista que o interesse público visa a obtenção do melhor preço, desde que o objeto atenda às reais necessidades da Administração.

7 CONDIÇÕES DE RECEBIMENTO DO OBJETO

O ato convocatório deverá fixar rigorosamente as condições de recebimento do objeto pretendido.

A fim de garantir à Administração Pública o recebimento do objeto em total conformidade com as exigências empreendidas no ato convocatório e na respectiva proposta comercial, os próprios arts. 73 e 74 da Lei federal de Licitações estabelecem as regras para o adequado recebimento do objeto contratado.

O recebimento provisório do objeto executado pelo contratado consiste na simples transferência da posse do bem ou dos resultados do serviço para a contratante, o que não acarreta, como consequência, a liberação integral do particular, tampouco significa que a Administração reconheceu que a prestação fora executada corretamente.

A Administração, a partir do momento em que recebeu o objeto provisoriamente, deverá examiná-lo para verificar a sua adequação às exigências da Lei, do contrato e da técnica.

O efeito que a entrega provisória produz seria apenas a liberação do particular dos riscos a partir da transferência da posse, sendo certo que, se a coisa se perder ou deteriorar por evento não imputável ao particular, a Administração arcará com as consequências.

Nesse diapasão, saliente-se que, após o recebimento provisório do objeto executado pelo contratado, nos dizeres do Mestre Marçal Justen Filho²⁰,

“(…) a Administração promoverá os *exames, testes e verificações necessários*. Caso encontre defeito, a coisa ou o serviço serão rejeitados e devolvidos ao particular no estado em que se encontrarem. A especificação dos exames e testes dependerá da natureza do objeto da prestação.

Quando se tratar de obras e serviços, a Administração deverá designar servidor ou comissão de servidores para

20. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 17ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 1273.

promover a vistoria. De acordo com a natureza do objeto, poderá exigir-se que os servidores apresentem determinada qualificação profissional ou técnica” (grifo nosso).

Ademais, mencione-se o entendimento de Jessé Torres Pereira Junior²¹:

“O prazo máximo que a lei prevê para que a Administração efetive o *recebimento definitivo*, isto é, dê quitação ao contratante, considerando boa a execução e *autorizando o correspondente pagamento*, é de 90 dias, no caso de obra ou serviço, e de 15 dias, nos demais casos. A excepcionalidade referida no § 3º (prazo superior a 90 dias) somente será invocável pela Administração se prevista em edital. A necessidade da previsão fortemente sugere que a dilatação do prazo somente caberá em face de obra ou serviço particularmente complexo, cuja conferência, por conseguinte, igualmente o seja. Por isto a lei determina à Administração que motive a exceção no caso concreto, viabilizando, assim, controle (interno e externo) mais efetivo sobre a justificativa da demora no recebimento.

A inobservância desse procedimento e dos respectivos prazos pelos fiscais da contratante decerto impedirá a expedição da ordem de pagamento do que houver sido entregue, retardando a liquidação da despesa e expondo a Administração à situação moratória descrita no inc. XV do art. 78 (rescisão do contrato por iniciativa do contratado), daí a responsabilidade de seus agentes se a Administração vier a ser condenada aos ônus decorrentes da rescisão” (grifo nosso).

Portanto, inexistindo previsão contratual que disponha de modo diverso, em regra, *o pagamento ao contratado deverá ser efetuado tão somente após o recebimento definitivo do objeto*.

No tocante a obras e serviços, realmente, o art. 73, inc. II, alínea *b*, da Lei de Licitações é expresso ao determinar que o recebimento definitivo ocorrerá mediante termo circunstanciado, devidamente assinado pelas partes.

Entretanto, a aceitação por parte da Administração poderá ser induzida, mesmo na ausência de manifestação expressa, devendo o ato convocatório estabelecer um prazo máximo para o recebimento definitivo.

Assim sendo, se a Administração contratante, por meio de servidor ou comissão devidamente designada, não assinou o respectivo termo de recebimento, nada impede que assim o faça, dentro do prazo máximo

21. Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 767.

previsto no ato convocatório ou, em caso de omissão editalícia, em até 90 dias, nos termos do art. 73, § 3º, da Lei federal de Licitações.

Contudo, restando extrapolado prazo editalício ou, na sua ausência, este prazo de 90 dias, sem qualquer manifestação por parte da Administração, presume-se o recebimento definitivo da obra ou serviço contratado, dada a impossibilidade de o particular ser obrigado a aguardar indefinidamente uma manifestação expressa da Administração contratante.

Além disso, se a Administração recebe o objeto e começa imediatamente a utilizá-lo, sem qualquer manifestação, deve-se presumir que a aceitou, não podendo posteriormente rejeitá-lo.

Porém, o § 4º do art. 73 da Lei nº 8.666/93 impõe ao contratado o ônus de provocar a Administração, no caso de sua omissão em lavrar o termo circunstanciado ou vistoriar a qualidade e a quantidade do material entregue. Em sendo notificada, a Administração terá quinze dias para receber definitivamente o objeto contratado, sob pena de presumir-se ocorrida a aceitação definitiva.

Especificamente quanto às *comissões de recebimento*, cumpre-nos ressaltar que, *salvo disposição legal ou regulamentar em sentido contrário*, os membros integrantes de comissões de recebimento em geral (ou seja, recebimento de obras, serviços ou bens) também devem pertencer aos quadros *permanentes* da Administração contratante, na medida em que tais comissões caracterizam-se como verdadeiras comissões permanentes ou especiais, nos termos do art. 51 da Lei nº 8.666/93.

Portanto, parece-nos que, também nas comissões de recebimento, em princípio, não seria possível a nomeação de *pessoas estranhas aos quadros permanentes de pessoal da Administração responsável pela contratação*.

CONCLUSÃO

A partir deste estudo, pudemos perceber a Administração Pública deve ter extrema cautela no descritivo do objeto de que necessita.

Os objetos pretendidos pelas Administrações em geral deverão ser bem delineados nos instrumentos convocatórios, sem que ocorra qualquer tipo de restrição ao caráter competitivo da disputa ou direcionamento a um ou determinado grupo de interessados em contratar com o Poder Público.

Uma contratação que atenda às reais necessidades administrativas e ao interesse público perseguido depende da forma com que o objeto foi descrito, bem como das eventuais exigências relativas ao objeto.

Todavia, não basta uma licitação completamente regular, com objeto descrito de forma primorosa, se a Administração Pública não se preocupar com o recebimento do objeto contratado, momento este em que muitas vezes ocorrem os desvios, os direcionamentos, as vantagens indevidas e as ilegalidades, jogando por terra todo o cuidado tido na elaboração do indispensável instrumento convocatório da licitação pública.

BIBLIOGRAFIA

GASPARINI, Diogenes. Direito administrativo. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Amostras nas licitações. BLC – Boletim de Licitações e Contratos, v. 5, São Paulo: NDJ, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 17ª ed. São Paulo: RT, 2016.

_____. Pregão – Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 5ª ed. São Paulo: Dialética, 2009.

MACHADO, Karine Lílian de Sousa Costa. Exigência de amostra em licitações na modalidade pregão. BLC – Boletim de Licitações e Contratos, v. 9, São Paulo: NDJ, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e contrato administrativo. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

PALMIERI, Marcello Rodrigues. Amostras nas modalidades tradicionais (concorrência, tomada de preços, convite) e no pregão. BLC – Boletim de Licitações e Contratos, v. 10, São Paulo: NDJ, 2006.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari. Licitação e contrato administrativo. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

TCU. Licitações & Contratos – Orientações e Jurisprudência do TCU, 4ª ed. Brasília: Secretaria Geral da Presidência, Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010.

CAPÍTULO 21

REFLEXOS DA BOA-FÉ OBJETIVA NA RELAÇÃO JURÍDICO- ADMINISTRATIVA

HENRIQUE BERTONHA

Procurador da Fundação Municipal de Ação Social (FUMAS) do Município de Jundiáí. Pós-graduado em Direito Processual pela UNISUL.

FLÁVIA AUGUSTA SAVIETO TARTARO BERTONHA

Procuradora do Município de Jundiáí/SP. Pós-graduada em Direito Processual pela UNISUL.

INTRODUÇÃO

No âmbito do Direito Privado, especialmente a partir do Código Civil de 2002, houve grande aprofundamento acerca do conteúdo ético subjacente às relações privadas, fazendo com que a doutrina se aprofundasse nos estudos da boa-fé objetiva e seus desdobramentos.

Neste cenário ganharam relevo temas como os deveres anexos à relação contratual, dentre os quais podemos citar os deveres de lealdade, confiança, colaboração, informação e respeito. Cite-se, ainda, a violação positiva do contrato e as figuras parcelares ou desdobramentos da violação da boa-fé objetiva, como a proibição do *venire contra factum proprium*, do *tu quoque*, e da *supressio e surrectio*.

Por sua vez, no campo do Direito Público a atuação conforme padrões éticos encontra amparo na Constituição Federal de 1988 que elencou a moralidade como um dos princípios da Administração Pública (art. 37, *caput*).

Não se pode ignorar que a boa-fé objetiva, originária do Direito Privado, também gera reflexos no Direito Público, a impingir novos contornos à relação jurídico-administrativa, trazendo direitos e deveres éticos tanto para a Administração Pública quanto para aqueles que, com ela, mantêm vínculo jurídico.

Significa dizer que os deveres anexos, originalmente teorizados à luz de uma relação contratual privada (arts. 113 e 442 do Código Civil), atualmente se estendem à relação jurídico-administrativa contratual e extracontratual - no âmbito dos contratos administrativos e atos administrativos, respectivamente.

Ademais, o administrado também se submete a padrões de lealdade e confiança ao relacionar-se com a Administração. Há, portanto, um mútuo dever de cooperação na busca do interesse público. Se de um lado, o Poder Público deve atuar conforme a boa-fé objetiva, vedando-se a prática de comportamentos contraditórios que frustrem a legítima expectativa dos administrados; de outro lado, pode exigir este mesmo padrão ético daqueles que integram a relação jurídico-administrativa.

1 DA BOA-FÉ OBJETIVA

1.1 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O Código Civil de 2002 foi redigido à luz de três princípios basilares: socialidade, eticidade e operabilidade¹.

1.1.1 PRINCÍPIO DA SOCIALIDADE

Pelo princípio da socialidade, os institutos de Direito Privado como a propriedade, o contrato, a empresa, a família e o testamento passaram a ser vistos sob uma ótica social.

O Código Civil de 2002 interrompeu o paradigma individualista que vigorava no código anterior. A própria autonomia da vontade, antes absoluta no Código de 1916, foi relativizada. Passou-se a proibir que convenções particulares contrariassem preceitos de ordem pública (art. 2.035, parágrafo único, do Código Civil)².

1. REALE, Miguel. O projeto do novo código civil. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 7-12

2. Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

1.1.2 PRINCÍPIO DA ETICIDADE

O princípio da eticidade foi adotado pelo Código Civil de 2002 com inspiração do Direito Civil português, a partir dos estudos de Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro³. Segundo este princípio, os fatos jurídicos – negócios e atos jurídicos – devem ser pautados na equidade, boa-fé, justa causa e em outros critérios éticos.

Com isso, a ética e a boa-fé ganharam um novo dimensionamento. A boa-fé deixa o campo da mera intenção – boa-fé subjetiva – e ingressa no campo dos atos, das práticas de lealdade – boa-fé objetiva.

A boa-fé objetiva passa a integrar os negócios jurídicos como cláusula implícita e irrenunciável. Há maior poder ao juiz para encontrar a solução mais justa e equitativa. Nesse sentido, é admissível, por exemplo, a revisão de contrato em curso para manutenção de seu equilíbrio econômico, bem como a sua resolução em virtude de situações imprevisíveis, tornando a posição de um dos contratantes excessivamente onerosa⁴.

A eticidade inspirou vários dispositivos no Código Civil de 2002. O art. 113 exige o comportamento ético e leal das partes contratantes, impondo que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. Nesta linha, os arts. 421 e 422 fazem expressa referência à função social dos contratos e da boa-fé objetiva⁵.

1.1.3 PRINCÍPIO DA OPERABILIDADE

Por fim, pelo princípio da operabilidade a nova codificação deixou de lado o rigor técnico e buscou o ideal de simplicidade dos institutos. Com isso procurou dar efetividade e concretude ao Direito Civil.

Pablo Stolze Gagliano afirma que o princípio da operabilidade importa na concessão de maiores poderes hermenêuticos ao magistrado, verificando, no caso concreto, as efetivas necessidades que demandam a

3. MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *A boa-fé no direito civil*. Lisboa: Almedina, 2001.

4. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Esquematisado*. v.1. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 46.

5. Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

tutela jurisdicional. Para tanto, o Código utilizou-se de cláusulas gerais, cujo conteúdo aberto permite que sejam sopesadas pelo juiz casuisticamente⁶.

Destaca-se, como exemplo, o parágrafo único do art. 927 do Código Civil, em que se admite a “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”.

1.2 BOA-FÉ SUBJETIVA E OBJETIVA

A boa-fé pode ser analisada sob dois aspectos: subjetivo e objetivo.

1.2.1 BOA-FÉ SUBJETIVA

A boa-fé subjetiva representa a crença de agir em conformidade com o Direito. Em razão disso é chamada pelos alemães de boa-fé crença (*guten glauben*)⁷.

Veja-se que esta espécie de boa-fé alude à intenção do sujeito da relação jurídica, ou seja, ao seu estado de consciência. Representa, portanto, a concepção psicológica da boa-fé.

Assim, cabe ao intérprete, em sua tarefa de avaliar a boa-fé subjetiva, considerar o estado psicológico ou a íntima convicção daquele que pratica a conduta.

1.2.2 BOA-FÉ OBJETIVA

O aspecto objetivo da boa-fé impõe regra ética de conduta entre as partes, que devem manter uma relação de lealdade e confiança. Consoante ensina José Fernando Simão, “é a boa-fé lealdade (*Treu und Glauben*). É a ideia de não defraudar a confiança ou abusar da confiança alheia. Não se opõe à má-fé e não tem relação com a ciência que o sujeito tem da realidade.”⁸.

O português Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, em sua brilhante tese de doutoramento pela Faculdade de Direito de Lisboa, aduz que a boa-fé nasceu no Direito Romano simplesmente em seu viés subjetivo, chamada de *bona fides*, limitando-se a sua versão “subjectivo-psicológica”.

6. GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil*. Vol. 1: parte geral . 14ª ed. São Paulo : Saraiva, 2012. p. 107.

7. SIMÃO, José Fernando. *A Boa Fé e o Novo Código Civil* – Parte I. Disponível em <http://professorsimao.com.br/artigos_simao_a_boa_fe_01.htm>. Acesso em 06/01/2019.

8. *Ibidem*.

Na Europa, a partir de conceitos jusnaturalistas, a boa-fé ganhou um novo conceito objetivo ligado à conduta dos negociantes. Autores como Pufendorf trouxeram a boa-fé para a conduta, ligando-a com uma “regra histórica de comportamento”⁹.

Neste sentido, a boa-fé objetiva traduz um princípio geral do direito, segundo o qual todos devem comportar-se de boa-fé em suas relações¹⁰.

A propósito do tema, convêm citar o conceito trazido por Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery:

A boa fé objetiva impõe ao contratante um padrão de conduta, de modo que deve agir como um ser humano reto, vale dizer, com probidade, honestidade e lealdade. Assim, reputa-se celebrado o contrato com todos esses atributos que decorrem da boa-fé objetiva. Daí a razão pela qual o juiz, ao julgar demanda na qual se discuta a relação contratual, deve dar por pressuposta a regra jurídica de agir com retidão, nos padrões do homem comum, atendidas as peculiaridades dos usos e costumes do lugar¹¹.

O Código Civil de 1916 tratava apenas da boa-fé subjetiva. Seu sucessor, o Código de 2002, continuou a disciplinar esta espécie de boa-fé, como se verifica dos artigos 309, 1.201, 1.219 e 1.561¹². Entretanto, a nova legislação passou a prever também a boa-fé objetiva, instituindo-a como regra de interpretação (art. 113¹³) e dever de conduta entre contratantes

9. MENEZES CORDEIRO, op. cit., p. 187, 212 e 224.

10. GONÇALVES, op. cit., p. 729.

11. NERY, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil anotado e legislação extravagante*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

12. Art. 309. O pagamento feito de boa-fé ao credor putativo é válido, ainda provado depois que não era credor.

Art. 1.201. É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa.

Art. 1.219. O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levanta-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis.

Art. 1.561. Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória.

§ 1º Se um dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a ele e aos filhos aproveitarão.

§ 2º Se ambos os cônjuges estavam de má-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só aos filhos aproveitarão.

13. Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

(art. 422¹⁴), na linha do Código Civil de Portugal¹⁵, da França¹⁶, da Itália¹⁷ e o BGB alemão¹⁸.

2 DA BOA-FÉ OBJETIVA COMO CLÁUSULA GERAL

O princípio da boa-fé objetiva constitui-se de um sistema formado por cláusulas gerais: conceitos jurídicos indeterminados que dependem das circunstâncias do caso concreto, seja ele de Direito Privado ou Público. Segundo Judith Martins Costa, forma-se um sistema de janelas abertas em que o intérprete tem liberdade para estabelecer o sentido e alcance do instituto em cada caso¹⁹.

Significa dizer que a interpretação da boa-fé objetiva deve levar em conta o sistema jurídico como um todo, as interconexões dos diversos estatutos normativos bem como fatores metajurídicos²⁰.

Sendo assim, a cláusula geral da boa-fé objetiva não se limita ao Direito Civil, tampouco ao Direito Privado, mas se irradia ao Direito Público, especialmente para a relação jurídico-administrativa. Tanto a relação entre particulares, como a relação entre o administrado e a Administração Pública, têm como pressuposto o comportamento ético das partes.

Portanto, a boa-fé objetiva é erigida à condição de matéria de ordem pública²¹.

14. Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

15. Art. 239 (Integração): Na falta de disposição especial, a declaração negociada deve ser integrada de harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissivo, ou de acordo com os ditames da boa fé, quando outra seja a solução por eles imposta.

16. Artigo 1.134 do Código Civil Francês: *“les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux que les ont faites”*

17. Artigo 1.375 do Código Civil Italiano: *“Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede fede (1.337, 1.358, 1.366, 1.460)”*. Em tradução livre: O contrato deve ser executado de acordo com a boa fé.

18. Section 242 - Performance in good faith - An obligor has a duty to perform according to the requirements of good faith, taking customary practice into consideration (<https://www.gesetze-im-internet.de>). Em tradução livre: Seção 242 - Desempenho de boa fé - Um devedor tem o dever de atuar de acordo com as exigências da boa fé, levando em consideração a prática costumeira.

19. COSTA, Judith Martins. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 412-413.

20. Enunciado nº 27 da 1ª Jornada de Direito Civil - Art. 422: na interpretação da cláusula geral da boa-fé, deve-se levar em conta o sistema do Código Civil e as conexões sistemáticas com outros estatutos normativos e fatores metajurídicos.

21. Enunciado 4º JDC Enunciado n. 363 do CJF/STJ, da IV Jornada de Direito Civil: “Os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, estando a parte lesada somente obrigada a demonstrar a existência da violação”.

Preceitos de ordem pública são aqueles que orientam o sistema jurídico, refletindo valores que interessam a toda a sociedade. Segundo Carlos Maximiliano:

A distinção entre prescrições de ordem pública e de ordem privada consiste no seguinte: entre as primeiras o interesse da sociedade coletivamente considerada sobreleva a tudo, a tutela do mesmo constitui o fim principal do preceito obrigatório (...); e quando o preceito é de ordem privada (...) só indiretamente serve o interesse público, à sociedade considerada era seu conjunto; a proteção do direito do indivíduo constitui o objetivo primordial.²²

Tratando-se de conceito de ordem pública, a boa-fé objetiva alcança a relação jurídico-administrativa, impondo à Administração e ao administrado o respeito à ética e lealdade.

3 DA APLICAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA NO DIREITO ADMINISTRATIVO

A boa-fé objetiva tem origem no Direito Privado, especialmente no campo das obrigações do Direito Civil. Ocorre que a superveniência da Constituição Federal de 1988 fez com que as diversas relações jurídicas – inclusive a jurídico-administrativa – fossem revistas à luz de uma nova tábua de valores, principalmente de acordo com os princípios da dignidade da pessoa humana e da função social. Neste cenário, a boa-fé objetiva – como cláusula geral do direito – passa a incidir também no Direito Administrativo.

O ingresso da boa-fé objetiva no Direito Público faz-se através do princípio da moralidade da Administração Pública, que encontra previsão expressa na Constituição Federal nos arts. 5º, inciso LXXIII²³, 37, *caput*²⁴, e 85, inciso V²⁵.

22. MAXIMILIANO. Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2003. p. 176.

23. LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência

24. 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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

25. Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: (...) V - a probidade na administração;

No âmbito infraconstitucional, o art. 2º, *caput*, da Lei nº 9.784/99²⁶ dispõe que a Administração deve obedecer, entre outros, ao princípio da moralidade, definindo-o como a “atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé” (parágrafo único, inciso IV).

A moralidade também orientou a redação do art. 116 da Lei nº 8.112/9027 ao estabelecer como deveres do servidor público “ser leal às instituições que servir” e “manter conduta compatível com a moralidade administrativa” (incisos II e IX, respectivamente).

De acordo com o princípio da moralidade, a Administração deve atuar consoante princípios éticos, com boa-fé, lealdade, honestidade e probidade. Vale trazer à baila os comentários de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Segundo os cânones da lealdade e da boa-fé, a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhanza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, evado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos²⁸.

Destarte, a moralidade constitui requisito de validade dos atos administrativos e dos atos da Administração, como apontam Alberto Shinji Higa, Marcos Pereira Castro e Simone Zanotello de Oliveira²⁹.

Aqui vale destacar a ideia fundamental deste trabalho: a boa-fé objetiva é regra de conduta que se aplica tanto para a Administração quanto para o administrado, em uma via ética de mão dupla. Todos os personagens da relação jurídico-administrativa devem proceder com lealdade e moralidade. Eventual violação da boa-fé traduz ato ilícito, ensejando responsabilidade civil e perda de direitos.

Merecem destaque as palavras de Alexandre Mazza:

As exigências impostas pelo princípio da moralidade atingem os dois polos da relação jurídico-administrativa. Além de vincular a Administração Pública, constitui dever imposto também aos administrados ‘proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé’ (art. 4º, II, da Lei nº 9.784/99). (...). É certo que a legislação administrativa prestigia a boa-fé objetiva manifestada pelas ações externas do agente público e dos particulares. Para o Direito Administrativo interessa a atitude, não a intenção. Se a conduta violou os padrões

26. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal

27. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

28. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 109.

29. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Rideel, 2018. p. 65

de lealdade, honestidade e correção, justifica-se a aplicação das penas definidas no ordenamento, sendo absolutamente irrelevante investigar fatores subjetivos e motivações psicológicas de quem realizou o comportamento censurável³⁰.

4 FUNÇÕES DA BOA-FÉ OBJETIVA E SEUS REFLEXOS NO DIREITO ADMINISTRATIVO

A doutrina civilista destaca três funções da boa-fé objetiva: interpretativa, integrativa e limitadora.

Estas funções foram originalmente identificadas no âmbito de uma relação contratual privada. Contudo, *mutatis mutandis*, são igualmente aplicáveis à relação jurídico-administrativa quando da celebração de contratos administrativos e da prática de atos administrativos.

4.1 FUNÇÃO INTERPRETATIVA

Hermenêutica é a ciência que estuda a interpretação. O termo faz referência ao deus grego Hermes, conhecido como mensageiro dos deuses.

Por sua vez, interpretar é a atividade que visa extrair o sentido e alcance de um texto, valendo-se dos princípios da hermenêutica.

Cabe ao intérprete utilizar a boa-fé objetiva como critério interpretativo, de modo a extrair o sentido mais eticamente adequado das normas.

Nesse sentido, o art. 113 do Código Civil dispõe que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Do mesmo modo, o art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, estabelece que o juiz, ao aplicar a lei, deve atender aos fins sociais a que ela se dirige e as exigências do bem comum. Com isso, a boa-fé objetiva tornou-se parâmetro interpretativo também para do Direito Público. Atos normativos, decretos, instruções normativas e quaisquer outras formas de manifestação de vontade da Administração também atravessam o filtro da lealdade e confiança.

30. MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva. 2013, p. 99.

4.2 FUNÇÃO INTEGRATIVA

A boa-fé objetiva faz com que sejam integrados aos negócios jurídicos deveres adicionais àqueles pactuados pelas partes. São os denominados “deveres anexos”, que impõem regras mínimas de conduta em todas as relações jurídicas – independente de previsão expressa – inclusive na relação jurídico-administrativa.

Atualmente, a relação obrigacional não se limita ao cumprimento da vontade expressa das partes, materializadas nas cláusulas de um contrato. Há um interesse público na garantia de um padrão ético de conduta.

Os deveres anexos formam um rol aberto, exemplificativo, de *numerus apertus*, baseados nos ideais de lealdade e confiança.

Segundo Flávio Tartuce, são deveres anexos: “dever de cuidado em relação a outra parte negocial, dever de respeito, dever de informar a outra parte sobre o conteúdo do negócio, dever de agir conforme a confiança depositada, dever de lealdade e probidade, dever de colaboração ou cooperação, dever de agir com honestidade, dever de agir conforme a razoabilidade, a equidade e a boa razão”³¹.

É inegável que a relação firmada entre a Administração Pública e o administrado também deve ser orientada por estes mesmos padrões éticos.

No Direito Civil a boa-fé objetiva surge ao lado da autonomia da vontade como fonte de deveres de condutas leais, transparentes e seguras. Por sua vez, no Direito Administrativo a boa-fé objetiva concretiza os princípios da moralidade administrativa e legalidade. A legalidade fixa os parâmetros de atuação da Administração, estipulando as obrigações e direitos da relação jurídico-administrativa. A moralidade administrativa se encarrega de preconizar deveres anexos de cooperação, informação e proteção independente de cominação expressa na lei, no contrato, no regulamento ou em qualquer outra fonte normativa regedora da situação apresentada³².

Cite-se como exemplo de dever anexo a obrigação da Administração Pública informar os consumidores acerca dos impostos que incidem sobre mercadorias e serviços (princípio da transparência fiscal)³³.

31. TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*: volume único. 2ª ed. São Paulo: método, 2012. p. 538.

32. TEIXEIRA ALVES, José Ricardo. A tutela da boa-fé objetiva no Direito Administrativo. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11783/a-tutela-da-boa-fe-objetiva-no-direito-administrativo>. Acesso em 07/01/2019.

33. Art. 150, §5º da Constituição Federal: A lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços.

A Lei nº 13.709/2018, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, também traz exemplo de aplicação dos deveres anexos de cuidado, respeito, lealdade e confiança no art. 6º, *caput*:

Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

(...)

Tal dispositivo busca, assim, evitar a frustração da confiança depositada pelo cidadão que fornece seus dados pessoais a um órgão, público ou privado.

Vale destacar que o administrado também deve obediência aos deveres anexos, sob pena de responsabilidade. A título exemplificativo, o art. 12, §1º, do Decreto 5.123/200434, alterado pelo Decreto nº 9.685/2019, prevê que as declarações firmadas pelo interessado em pleitear a aquisição e registro de arma de fogo são presumidamente verdadeiras, uma vez que foram prestadas sob um contexto de lealdade, confiança e colaboração mútuos.

No mesmo sentido, a Lei nº 13.726/2018, ao buscar um ideal de desburocratização e simplificação, pautada numa relação de lealdade e confiança, dispensou o reconhecimento de firma e a autenticação de cópia de documentos nos procedimentos administrativos (art. 3º, incisos I e II).

Desse modo, a obediência aos deveres anexos no âmbito do Direito Público é pressuposto para a consecução de uma Administração Pública Dialógica (art. 37, §3º, da Constituição Federal³⁵).

No entanto, nem sempre os deveres anexos são observados, como se verá no tópico abaixo.

4.2.1 DA VIOLAÇÃO DOS DEVERES ANEXOS

A violação dos deveres anexos constitui ato ilícito e gera a chamada *violação positiva do contrato*. Neste caso, o infrator submete-se à responsabilidade civil objetiva, isto é, independentemente de culpa. A propósito, cite-se os

34. Regulamenta a Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003, que dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas - SINARM e define crimes

35. § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

enunciados 24 e 37 da 1ª Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal:

Enunciado nº 24 da 1ª Jornada de Direito Civil: Art. 422: em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa.

Enunciado nº 37 da 1ª Jornada de Direito Civil: A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico.

A importação da teoria civilista da boa-fé objetiva para o campo do Direito Administrativo ampliou as hipóteses de responsabilidade civil objetiva da Administração Pública³⁶, pois impôs o dever jurídico de obediência aos deveres anexos.

Por outro lado, o administrado também se subordina aos mesmos deveres éticos em relação à Administração, sob pena de responsabilização.

4.3 FUNÇÃO LIMITADORA OU DE CONTROLE

A boa-fé objetiva proíbe o exercício abusivo de direitos subjetivos. Impõe verdadeira limitação à autonomia privada, cercando-a de critérios éticos.

Segundo Pablo Stolze Galiano, o Código Civil refere-se a esse efeito de contenção ao tratar dos atos ilícitos³⁷:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, exceder manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

No campo publicístico, embora a Administração Pública possa agir com discricionariedade dentro dos parâmetros legais, não pode atuar com abusividade, sob pena de incorrer em ato ilícito.

5 DESDOBRAMENTOS DA BOA-FÉ OBJETIVA: DAS FIGURAS PARCELARES

A aplicação pragmática da boa-fé objetiva gerou diferentes desdobramentos que, não obstante tenham berço no Direito Privado, também são identificados na relação jurídico-administrativa.

36. Art. 37, §6º, da Constituição Federal.

37. GAGLIANO, op. cit., p. 109.

Neste trabalho citaremos as seguintes figuras parcelares: *venire contra factum proprium*, *supressio* e *surrectio*, e *tu quoque*.

5.1 VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM

O *venire contra factum proprium* tem por base a vedação de comportamentos contraditórios que frustram a legítima expectativa criada em outrem a partir de uma conduta anterior. Segundo Antonio Manoel da Rocha e Menezes Cordeiro:

[...] a locução *venire contra factum proprium* traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente (...) postula dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos em si e diferidos no tempo. O primeiro – o *factum proprium* – e, porém, contrariado pelo segundo³⁸.

Cuida-se de desdobramento da boa-fé objetiva a partir do dever anexo da confiança (enunciado n° 362 da IV Jornada de Direito Civil³⁹).

No campo do Direito Público, o comportamento contraditório da Administração Pública viola o princípio da segurança jurídica, atentando contra a proteção da confiança ou expectativas legítimas dos administrados. Segundo Alexandre Mazza:

A vedação do *venire contra factum proprium* proíbe que a Administração Pública adote comportamento contraditório com postura anteriormente por ela assumida. Trata-se de uma teoria que tutela a confiança do particular e a coerência dos atos públicos, pois seria deslealdade com a parte contrária criar uma aparência e depois quebrar a confiança com atos contraditórios⁴⁰

Consoante Anderson Schreiber, há quatro pressupostos para aplicação do *venire contra factum proprium*: (1) uma conduta inicial própria; (2) legítima confiança de terceiro na preservação do sentido objetivo dessa conduta; (3) novo comportamento em contradição com o inicial e (4) dano, potencial ou efetivo, oriundo da contradição⁴¹.

38. MENEZES CORDEIRO, apud FERREIRA, Keila Pacheco. Abuso do Direito nas Relações Obrigacionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 223.

39. Enunciado n° 362 da IV Jornada de Direito Civil: “A vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil”.

40. MAZZA, op. cit., p. 126.

41. SCHREIBER, Anderson. A proibição do comportamento contraditório. Tutela de confiança e *venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro. Renovar, 2005. p. 124.

Assim, se Administração realiza concurso público para provimento de determinado cargo público, e, após a aprovação dos candidatos, faz contratação temporária para a mesma função, está-se diante de comportamento contraditório ilícito e passível de anulação.

O Superior Tribunal de Justiça também já reconheceu a extensão da vedação de comportamento contraditório à Administração Pública:

Os princípios da segurança jurídica e da boa-fé objetiva, bem como a vedação ao comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), impedem que a Administração, após praticar atos em determinado sentido, que criaram uma aparência de estabilidade das relações jurídicas, venha adotar atos na direção contrária, com a vulneração de direito que, em razão da anterior conduta administrativa e do longo período de tempo transcorrido, já se acreditava incorporado ao patrimônio dos administrados.⁴²

Vale trazer à baila o caso envolvendo a greve nacional dos servidores públicos da Polícia Federal ocorrida entre 7.8.2012 e 15.10.2012. Para dar cabo ao movimento grevista, a União celebrou com a Fenapef (Federação Nacional dos Policiais Federais) um termo de acordo cujas cláusulas incluíam que os servidores grevistas não sofreriam prejuízo funcional ou profissional. Contudo, a União posteriormente instaurou procedimentos administrativos disciplinares contra servidores da Polícia Federal tendo como motivo a paralisação do serviço em razão da greve. O Superior Tribunal de Justiça considerou que a conduta da União constituiu constrangimento ilegal e violação do princípio da boa-fé objetiva, sob o prisma da proibição do *venire contra factum proprium* (AgRg na Pet 10.274/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, primeira seção, julgado em 27/08/2014, DJe 23/09/2014)⁴³.

Importante destacar que a vedação de comportamentos contraditórios incide sobre todos os integrantes da relação jurídico administrativa, abrangendo também o administrado.

O Superior Tribunal de Justiça detém abalizada jurisprudência admitindo o corte no fornecimento de serviços públicos essenciais quando inadimplente o usuário, desde que precedido de notificação⁴⁴. A inadimplência constitui comportamento contraditório do usuário que

42. STJ. RMS 20.572/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 01/12/2009, DJe 15/12/2009.

43. A análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça revela diversas aplicações da máxima do *venire contra factum proprium* envolvendo a Administração Pública, especialmente a Fazenda Pública. Para aprofundamento do tema apontamos os seguintes julgados: RMS 43.683/DF, EDcl no MS 14.649/DF, REsp 1033963/MG e REsp 1516961/RS.

44. AgRg no AREsp 412822/RJ, AgRg no REsp 1090405/RO; AgRg no Ag 1270130/RJ

se utiliza do serviço público sem o pagamento da correspondente taxa administrativa.

No âmbito do processo licitatório, a desistência da proposta constitui comportamento contraditório que frustra a expectativa da Administração. O licitante não pode desistir da proposta após a fase de habilitação, salvo motivo justo decorrente de fato superveniente e aceito pela comissão (art. 43, §6º, da Lei nº 8.666/93), sob pena das penalidades previstas nos arts. 81 e 87 da Lei nº 8.666/93.

5.2 SUPRESSIO E SURRECTIO

Segundo o escólio de Flávio Tartuce “a *supressio* (*verwirkung*) significa a supressão por renúncia tácita de um direito ou de uma posição jurídica pelo seu não exercício com o passar do tempo”⁴⁵.

A boa-fé objetiva impõe uma relação de confiança entre as partes, logo, “o titular de um direito não exercitado durante determinado período, não pode mais, por conta desta inatividade, exercitá-lo”⁴⁶.

O não exercício do direito por seu titular cria na outra parte a legítima expectativa da intenção de não mais exercê-lo. Trata-se de renúncia presumida.

A *supressio* distingue-se da prescrição. Nesta, basta o decurso do tempo para operar a perda da pretensão. Naquela, além do não exercício prolongado do direito, exige-se a presença de circunstâncias fáticas que indiquem que o titular não pretende mais exercê-lo.

O Superior Tribunal de Justiça admite a *supressio*. Como exemplo, citamos o Resp n. 1.202.514, no qual foi reconhecida a perda do direito à correção monetária em razão de prévia renúncia para evitar a majoração da parcela mensal como forma de preservar o contrato, cuja duração alcançou seis anos.

Por sua vez, a *surrectio* consiste no surgimento de um direito como decorrência lógica do comportamento que resultou na *supressio*. Ao mesmo tempo em que uma parte perde um direito (*supressio*), a outra adquire direito que não existia até então, mas que decorreu da efetividade social, de acordo com os costumes (*surrectio*)⁴⁷.

45. TARTUCE, op. cit., p. 542.

46. TARTUCE, Flávio. Boa-Fé Objetiva Processual – Reflexões quanto ao atual CPC e ao Projeto do Novo Código. Disponível em <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822496/boa-fe-objetiva-processual-reflexoes-quanto-ao-atual-cpc-e-ao-projeto-do-novo-codigo>>. Acesso em 15/01/2019.

47. TARTUCE, op. cit., p. 543.

Veja-se o disposto no art. 330 do Código Civil. O pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir a renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato. Nasce para o devedor o direito de efetuar o pagamento em local diverso daquele previsto no contrato (*surrectio*). Por sua vez, o credor perde o direito de exigir o pagamento no lugar contratado (*supressio*).

Tanto a *supressio* quanto a *surrectio* aplicam-se na relação jurídico-administrativa, seja ela contratual ou extracontratual.

O Superior Tribunal de Justiça já aplicou a *supressio* para reconhecer a perda da prerrogativa da Administração de anular seus próprios atos. Ao julgar o REsp 0057205-8/SP, a Corte decidiu que o Município de Limeira não poderia anular contrato de promessa de compra e venda de lote de sua propriedade em razão de irregularidade posteriormente verificada no loteamento. Isto porque “a teoria dos atos próprios impede que a administração pública retorne sobre os seus próprios passos, prejudicando os terceiros que confiaram na regularidade de seu procedimento”.

Neste sentido também já decidiu o Tribunal de Justiça de Pernambuco⁴⁸. Por fim, insta acrescentar interessante exemplo presenciado na Procuradoria do Município de Jundiá. Por décadas, moradores ocuparam área pública nela erigindo suas residências. O Poder Público municipal decidiu alagar o local para construção de uma represa e realizou a remoção dos moradores. Em contrapartida, o Município conferiu-lhes direito preferencial à aquisição de moradias populares que seriam construídas

48. DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. PRORROGAÇÕES SUCESSIVAS. REAJUSTAMENTO DE PREÇO. REQUERIMENTO APÓS O TÉRMINO DO CONTRATO. COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO E CONTRÁRIO A BOA-FÉ E ETICIDADE. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DOS INSTITUTOS DA SUPRESSIO E SURRECTIO. 1. Em detrimento da abertura de um novo processo licitatório, as prorrogações de contrato administrativo, em linha de princípio, não se apresentam ajurídicas porque a manutenção do preço, aliada a natureza continuada dos serviços, configura uma situação mais vantajosa para a Administração. A manutenção do preço é, assim, uma conveniência contratual, que favorece não só a Administração, mas igualmente o contratado, porquanto não se submete a novo processo de licitação. 2. Eventual direito ao reajuste do contrato ou ao reconhecimento de desequilíbrio financeiro deve ser manifestado no momento oportuno, não podendo ser exercido após o fim do contrato. Para além de contraditório, a intenção de exercê-lo contraria a boa-fé objetiva, na medida em que se apresenta mais do que esperado (expectativa legítima) pela Administração que o eventual direito ao reajuste contratual não seria mais cobrado, especialmente com o fim do ajuste. 3. Ainda que se compreenda, na hipótese, que havia pacto contratual na direção do reajuste anual, parece ponderado concluir que o não exercício desse direito pelo longo período de 6 anos de prorrogação do contrato fez surgir para a Administração o direito subjetivo ao não reajuste. 4. Afigura-se razoável chamar a intervir os institutos da *supressio* e da *surrectio*, que nada mais são do que manifestações dos princípios da eticidade e da boa-fé, a que estão vinculados que contrata com a Administração. (Apelação 378513-10003409-53.2014.8.17.1130, Rel. Fábio Eugênio Dantas de Oliveira Lima, 1ª Câmara Regional de Caruaru - 1ª Turma, julgado em 24/02/2016, DJe 22/04/2016)

posteriormente. Após a construção, a Prefeitura reiteradamente procurou os moradores para exercerem seu direito de preferência, mas eles, mesmo cientes, permaneceram inertes. Esta situação fez presumir a renúncia ao direito preferencial (*supressio*), surgindo para terceiros a possibilidade de aquisição dos imóveis (*surrectio*).

5.3 TU QUOQUE

O *tu quoque* proíbe que uma pessoa, após violar determinada regra jurídica, a invoque em seu favor. Tem por objetivo preservar o equilíbrio no exercício de direitos e deveres em uma relação jurídica.

Veja-se, como exemplo, o instituto da “exceção do contrato não cumprido”, pelo qual, a parte que descumpra o contrato, não pode exigir da outra o seu cumprimento⁴⁹.

Trata-se de figura parcelar da boa-fé objetiva também presente no Direito Administrativo.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já aplicou a regra do *tu quoque* em ação indenizatória proposta por empresa em face de um dos Municípios daquele Estado. A empresa alegava que realizou a obra contratada. Contudo, o Município sustentava o contrário, que efetuou o pagamento, mas a obra não havia sido realizada. As duas partes afirmavam descumprimento contratual. Aquele Tribunal decidiu que nenhuma das partes comprovou o cumprimento de sua parte no contrato. Decidiu que, diante do mútuo descumprimento contratual, não caberia a qualquer das partes alegar, em seu próprio benefício, o inadimplemento da outra⁵⁰.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo teve como objetivo demonstrar as formas de incidência da boa-fé objetiva na relação jurídico-administrativa.

Procuramos ter demonstrado que a presença da boa-fé objetiva no Direito Administrativo ampliou o campo de incidência dos princípios da legalidade e moralidade. Com isso, além da Administração Pública, também o administrado passou a ter deveres éticos de conduta.

Uma Administração Pública proba e hígida – em que casos de corrupção deveriam ser exceções - somente pode ser alcançada quando o

49. TJMG. Agravo de Instrumento 1.0024.09.732895-9. Julgado em 07.04.2010.

50. TJRS. 2ª. Câmara Cível. Apelação Cível nº. nº 70025465600-2008. Relator: Sandra Brisolará Medeiros. 17.12.2008.

administrado torna-se corresponsável pela satisfação do interesse público. Respeito, lealdade, confiança e colaboração são deveres exigíveis de todos aqueles que integram a relação jurídico-administrativa.

Através dos breves argumentos aqui expostos, buscamos uma leitura atual da moralidade administrativa sob o viés de uma Administração Pública dialógica. Neste cenário, a Administração e o administrado detêm deveres recíprocos de lealdade e confiança. Há, portanto, um mútuo dever de cooperação na satisfação do interesse público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COSTA, Judith Martins. A boa-fé no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil. Vol. 1: parte geral. 14ª ed. São Paulo : Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Esquematizado. v.1. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

HIGA, Alberto Shinji; CASTRO, Marcos Pereira e OLIVEIRA, Simone Zanotello de. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Rideel, 2018.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 19. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2003.

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 3ª ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros. 2004.

MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. A boa-fé no direito civil. Lisboa: Almedina, 2001.

MENEZES CORDEIRO, apud FERREIRA, Keila Pacheco. Abuso do Direito nas Relações Obrigacionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

NERY, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil anotado e legislação extravagante. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

REALE, Miguel. O projeto do novo código civil. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SIMÃO, José Fernando. A Boa Fé e o Novo Código Civil – Parte I. Disponível em <http://professorsimao.com.br/artigos_simao_a_boa_fe_01.htm>. Acesso em 06/01/2019.

SCHREIBER, Anderson. A proibição do comportamento contraditório. Tutela de confiança e venire contra factum proprium. Rio de Janeiro. Renovar, 2005.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único. 2ª ed. São Paulo: método, 2012.

_____. Boa-Fé Objetiva Processual – Reflexões quanto ao atual CPC e ao Projeto do Novo Código. Disponível em <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/>>. Acesso em 15/01/2019.

TEIXEIRA ALVES, José Ricardo. A tutela da boa-fé objetiva no Direito Administrativo. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11783/a-tutela-da-boafefe-objetiva-no-direito-administrativo>>. Acesso em 07/01/2019.

CAPÍTULO 22

A RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO PODER PÚBLICO

IONE CAMACHO CAIUBY

Procuradora do Município de Jundiaí há aproximadamente 30 (trinta) anos. Frequentou diversos cursos de especialização e aperfeiçoamento, nas áreas de direito público, privado e processual civil, na Escola Paulista da Magistratura. Atuou como Conciliadora na Comarca de Jundiaí durante aproximadamente 07 (sete) anos.

“Cuidar dos bens municipais e dos serviços públicos prestados, significa em última instância, cuidar do próprio Município e de seus usuários, porque somente assim, se estará lutando para se conquistar um ambiente saudável e ecologicamente equilibrado, como forma de prestigiar o interesse público e o bem-estar da coletividade e futuras gerações.

O Servidor Público que defende o serviço público eficiente está em última instância defendendo a instituição que o remunera”.

INTRODUÇÃO

O artigo 37, § 6º, da Constituição Federal/88, atribui responsabilidade extracontratual objetiva da Administração, na modalidade risco administrativo, apenas na hipótese de danos causados por atuação de seus agentes (conduta comissiva). Pela teoria do risco administrativo, a atuação estatal que cause danos ao particular faz nascer para a administração pública a obrigação de indenizar, independentemente da comprovação de falha do serviço ou de culpa de determinado agente público. Basta que exista o dano decorrente da atuação administrativa, sem concorrência do particular.

Ocorre que, a responsabilidade da Administração Pública não será sempre objetiva, decorrente da ação comissiva de seus agentes, existindo situações que, embora não prevista expressamente na Constituição/88, enseja responsabilidade da Administração, por conduta omissiva, de acordo com a Teoria da Culpa Subjetiva.

Assim, restou consolidada por construção doutrinária e jurisprudencial, a responsabilidade civil extracontratual do Estado, ensejada por eventuais danos ocasionados por falha ou omissões do Poder Público, cujo tema nos debruçaremos a seguir, sem qualquer pretensão de se esgotar o assunto, mas apenas lançá-lo para melhor reflexão por parte dos operadores de direito.

1 DELIMITAÇÃO DO TEMA. DA REONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO

A fim de delimitar melhor o tema, cumpre-se esclarecer que a responsabilidade extracontratual do Estado, pode ser em decorrência de atos praticados pela Administração ou seus agentes (atos comissivos) ou pela omissão (atos omissivos).

Nesse sentido, confira-se o ensinamento de **MARIA SYLVIA DI PIETRO**:

“A referência à responsabilidade extracontratual é necessária para restringir o tema tratado neste capítulo a essa modalidade de responsabilidade civil, ficando excluída a responsabilidade contratual, que se rege por princípios próprios, analisados no capítulo referente aos contratos administrativos.

A responsabilidade patrimonial pode decorrer de atos jurídicos, de atos ilícitos, de comportamentos materiais ou de omissão do Poder Público. O essencial é que haja um dano causado a terceiro por comportamento omissivo ou comissivo de agente do Estado.

(,,) Pode-se, portanto, dizer que a responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos.” (Direito Administrativo. 26ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2.013, p. 703 e 704).

Acrescenta **JUSTEN FILHO**, “*A Responsabilidade Extracontratual: abrange somente os efeitos danosos de ações e omissões imputados a pessoas jurídicas de direito público (ou particulares prestadores de serviços públicos), relativas a condutas que configurem infração a um dever jurídico de origem não contratual*”. (Marçal Justen Filho. *Curso de Direito Administrativo*, 6ª ed., Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p.1200).

ALBERTO SHINJI HIGA, MARCOS PEREIRA CASTRO e SIMONE ZANOTELLO DE OLIVEIRA, elucidam:

“A obrigação de reparar um dano decorre da violação de um dever jurídico “lato sensu”, da qual resulte dano a outrem.

Na responsabilidade contratual, há ofensa a um dever jurídico estabelecido em contrato, ou seja, em uma relação jurídica obrigacional preexistente. Por seu turno, na responsabilidade extracontratual, a violação do dever jurídico decorre diretamente da lei, vale dizer, não há qualquer relação jurídica obrigacional anterior entre o agente que causou o dano e sua vítima.” (Manual de Direito Administrativo, São Paulo: Editora Rideel, 2018, p. 464).

2 TIPOS DE ATOS QUE PODEM GERAR RESPONSABILIDADE DO ESTADO

A Responsabilidade Civil do Estado, conforme leciona Marçal Justen Filho, classifica-se:

I – Atos não Administrativos: praticados no exercício de funções jurisdicionais, legislativas ou de Controle Externo.

II – Atos Legislativos: em decorrência de lei inconstitucional, defeituosa ou omissão legislativa;

“É admissível a responsabilidade civil do Estado por lei inconstitucional ou defeituosa, cujo desfazimento produz lesão a terceiros. Aguiar Dias já afirmava “que podemos reconhecer a responsabilidade do Estado pelos danos causados pela lei nula, inconstitucional ou inválida, porque temos um regime que permite impugná-la. (Aguiar Dias, Responsabilidade Civil, apud Justen Filho. Ob. cit. 2010, p. 1215-1216).

III – Atos Jurisdicionais: produção de lesão a terceiro em virtude de mau funcionamento do aparato judiciário. STF, RE nº 505.393/PE, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 04 out. 2007 e RE nº 409.203/RS, Segunda Turma. Rel. Min. Carlos Velloso p/ acórdão Min. Joaquim Barbosa, DJ 20 abril 2007.

3 “O INTERESSE PÚBLICO LEVA AO SERVIÇO E O SERVIÇO REALIZA O INTERESSE PÚBLICO”

A falta de serviço ou serviço público deficiente, atenta ao interesse público, porque este tem que ser feito em prol da coletividade, de forma que o não reconhecimento desta falha ou omissão poderá comprometer toda a estrutura do serviço a ser desempenhado. À Administração cumpre

fiscalizar a execução do serviço público, corrigindo eventuais falhas ou omissões, **de forma que o interesse público coincide com o interesse do particular de se ter um serviço público eficiente, não havendo dessa forma a supremacia do interesse público sobre o particular.**

Segundo **MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO** não é possível aceitar a existência de um direito de Estado que se sobreponha às garantias jurídicas dos direitos dos cidadãos e, que em nome de um direito público indeterminado cause lesividade ou afronte situações legalmente protegidas.¹

O interesse público está atrelado à ideia de serviço público, de forma que ambos se identificam na autuação estatal, esclarecendo o autor, que *“Constituem uma mesma unidade: o interesse leva ao serviço, o serviço realiza o interesse”* e, mais, constitui um dos princípios basilares da Administração Pública, a finalidade e a regularidade no funcionamento dos serviços a serem prestados, seja pela Administração Pública ou Terceiros².

*“Na verdade, em termos realísticos, tendo em mira a organização estatal, “serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidade essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado”.*³

Para a consecução de tais objetivos, a Administração ativa-se direta ou indiretamente, interna ou externamente, adotando conforme a finalidade modos e meios jurídicos de ação permitida. Baixa atos ou realiza contratos, promove soluções administrativas. Age por si própria ou por terceiros interessados.

Daí por que todos os serviços públicos que concorrem para a efetivação de necessidades gerais são serviços administrativos, serviços que colocam a Administração no dever jurídico de regulá-los, assegurá-los e controlá-los. Utilizando-se para isso de dois critérios:

- o da realização diante da finalidade;
- o da continuidade conforme a natureza da finalidade⁴.

É a finalidade que qualifica o interesse público, de forma que independentemente da natureza do serviço, as regras comuns para validade dos atos administrativos, se resumem:

- “- na competência: condicionando órgãos e agentes;
- na capacidade, em face do livre consentimento;

1. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. *Contratos Administrativos*. Nota-Prefácio, p. X.

2. Ob. cit., p. 14.

3. Hely Lopes Meirelles, *Administrativo Brasileiro*, São Paulo, 1978, p. 296, ”apud “ Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, Ob. cit. 168, 1978.

4. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, Ob. cit. 169.

- na finalidade, dizendo do objeto lícito e possível;
- na motivação: determinante, consoante o interesse de serviço;
- na *forma*: decorrente da motivação e da espécie interesse/serviço.⁵

Além disso, a Fiscalização, o Controle e Autotutela são poderes inerentes à Administração.⁶

“Em realidade, a questão “serviços públicos” na problemática da criação e sua gestão, sensibilizando toda a organização administrativa, estabelece conexões jurídicas que, no Direito Administrativo, integram a função, o ato, o contrato e a responsabilidade estatal.

São aspectos estes caracterizantes de uma mesma dinâmica chamada atividade administrativa. Justamente, no serviço público, quando específico, tem a Administração seus limites e metas. Fica adstrita, em face da finalidade, à legitimidade dos modos procedimentais.”⁷

Segundo **MARCELO CAETANO**:

“ – o serviço público é fundamentalmente destinado à prestação de utilidades concretas aos indivíduos;

- o serviço público propõe-se satisfazer uma necessidade coletiva individualmente sentida”⁸.

4 ELEMENTOS CONFIGURADORES DA RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO

Segundo elucida **JUSTEN FILHO**, são elementos configuradores da Responsabilidade Extracontratual do Estado:

a) Evento Danoso: Dano material ou moral sofrido por alguém;

b) Ação ou omissão antijurídica imputável ao Estado. “A mera consumação do dano na órbita individual de um terceiro é suficiente para o surgimento de responsabilidade civil do Estado”

c) Nexo de causalidade entre o dano e ação ou omissão estatal: evento danoso proveniente de atuação defeituosa do serviço público ou dos órgãos estatais. (Marçal Justen Filho, ob. cit. p. 1200-1201)

5. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. Ob. cit. p. 15.

6. Ob. cit. p.88.

7. Miguel S. Marienholf. El Servicio público y sus variadas expresiones – principios generales y básicos, in “*Anuário de derecho administrativo de Chile*”, 1975/76, p. 177-8, apud Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, Ob. cit. 169, 1978.

8. Marcelo Caetano. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Rio de Janeiro, 1977, p. 266 “apud” Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, Ob. cit. 170.

5 DA TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO

O **artigo 37 § 6º, da Constituição Federal/88** regula a **responsabilidade objetiva da Administração, na modalidade risco administrativo, pelos danos causados por atuação de seus agentes**. Aplica-se, regra geral, somente na hipótese de danos causados por meio de **atuação** dos agentes (conduta comissiva).

Pela teoria do risco administrativo, a atuação estatal que cause dano ao particular faz nascer para a administração pública a obrigação de indenizar, independentemente da existência de falta do serviço ou de culpa de determinado agente público. **Basta que exista o dano decorrente da atuação administrativa, sem que para ele tenha concorrido o particular.**

Assim, a **responsabilidade objetiva do ente público** dispensa o dolo ou culpa do agente causador, **bastando o nexo de causalidade entre a conduta comissiva ou omissiva e o dano suportado por terceiros**, conforme preceitua o disposto no **artigo 37, parágrafo 6º, da Carta Magna de 1988**.

A **Teoria do risco administrativo** somente exclui a responsabilidade do Estado na hipótese de caso fortuito/força maior ou culpa **exclusiva** de terceiros ou da vítima.

Acerca dessa Teoria merece destaque o ensinamento de **Hely Lopes Meirelles**, cujo teor permitimo-nos transcrever:

“A **teoria do risco administrativo** faz surgir a obrigação de indenizar o dano do só ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração. Não se exige qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes. Basta a lesão, sem o concurso do lesado. Na teoria da culpa administrativa exige-se a falta do serviço; na teoria do risco administrativo exige-se, apenas, o fato do serviço. Naquela, a culpa é presumida da falta administrativa; nesta, é inferida do fato lesivo da Administração. Aqui não se cogita da culpa da Administração ou de seus agentes, bastando que **a vítima demonstre o fato danoso e injusto ocasionado por ação ou omissão do Poder Público**. Tal teoria, como o nome está a indicar, baseia-se no **risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais**. Para compensar essa desigualdade individual, criada pela própria Administração, todos os outros componentes da coletividade devem concorrer para a reparação do dano, através do erário, representado pela Fazenda Pública, O

risco e a solidariedade social são, pois, os suportes desta doutrina, que, por sua objetividade, e partilha dos encargos, conduz à mais perfeita justiça distributiva, razão pela qual tem merecido o acolhimento dos Estados modernos, inclusive o Brasil, que a consagrou pela primeira vez no art. 194 da CF de 1946. Advirta-se, contudo, que a teoria do risco administrativo, embora dispense a prova da culpa da Administração, permite que o Poder Público demonstre a culpa da vítima para excluir ou atenuar a indenização. Isto porque o risco administrativo não se confunde com o risco integral. O risco administrativo não significa que a Administração deva indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo particular; significa, apenas e tão somente, que a vítima fica dispensada da prova da culpa da Administração, mas esta poderá demonstrar a culpa total ou parcial do lesado no evento danoso, caso em que a Fazenda Pública se eximirá integral ou parcialmente da indenização” (“**Direito Administrativo Brasileiro**”, São Paulo: Editora Malheiros – 36ª Edição, pp. 682-683). (grifamos)

6 ÓRGÃOS PÚBLICOS COMO FORNECEDORES DE SERVIÇOS

Com efeito, inegável a relação de consumo entre o Município (que figura como Fornecedor do Serviço Público) e a Coletividade (que assume a posição de consumidor, por ser o destinatário final).

Essa assertiva decorre dos **conceitos básicos** fornecidos pelo Código de Defesa do Consumidor – **Lei nº 8.078, de 11.09.90**, senão vejamos:

Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e secundária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”. (CDC, art. 3º. § 2º)

Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza o produto ou serviço como destinatário final. (CDC, art. 2º).

Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. (CDC, art. 3º).

O Município, assim como outros entes federados se enquadram no conceito de **fornecedor**, nos termos do **artigo 3º**, do Código de Defesa do Consumidor, prestando serviço público de natureza essencial.

6.1 DA RESPONSABILIDADE PELO FATO DO PRODUTO E DO SERVIÇO

Ocorre que, “o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua função e riscos”⁹. entendendo-se por serviço defeituoso aquele que não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: o modo de seu fornecimento, o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam e a época em que foi fornecido.¹⁰

O **artigo 22** do Código de Defesa do Consumidor deixa claro a relação de consumo dentre os serviços prestados pelos órgãos públicos, ao afirmar que “os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos”⁹e, mais, o parágrafo único dispõe que “no caso de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste Código”.

6.2 ÔNUS DA PROVA

O Código do Consumidor a fim de tentar equilibrar a desigualdade entre o consumidor e o fornecedor, por imputá-lo hipossuficiente, admitir a **inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, Código de Defesa do Consumidor)**, cabendo ao fornecedor a produção de prova negativa de sua responsabilidade. Para não pairar dúvidas a esse respeito, reafirma esse entendimento no **artigo 12, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor**, o qual estabelece caber o ônus da prova ao fornecedor.

7 DA TEORIA DA CULPA ADMINISTRATIVA

Segundo a jurisprudência consolidada, quando há omissão do Estado, esse responde com base na TEORIA DA CULPA ADMINISTRATIVA, e não mais na Teoria do Risco Administrativo. Portanto, trata-se de modalidade de responsabilidade civil SUBJETIVA, onde a pessoa que sofreu o dano tem de provar que houve falta na prestação de um serviço que deveria ter sido prestado pelo Estado, provando, também, que existe nexo causal entre o dano e essa omissão estatal.

9. Código de Defesa do Consumidor, Art. 14.

10. Código de Defesa do Consumidor, Art. 14, § 1º, I, II e III.

8 ANTIJURICIDICIDADE INDISPENSÁVEL À RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A Constituição Federal/88 assegura o direito à indenização decorrente de ato ilícito, ainda que, meramente moral (artigo 5º, X).

Assim, para comprovação de culpa e determinação de responsabilidade, aplica-se na a norma consagrada pelos artigos 186 e 927 do Código Civil/02.

9 CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO elucida:

“Já o caso fortuito – que não constitui causa excludente da responsabilidade do Estado – ocorre que nos casos em que o dano seja decorrente de ato humano ou de falha da Administração; quando se rompe, por exemplo, uma adutora ou um cabo elétrico, causando dano a terceiros, não se pode falar em força maior, de modo a excluir a responsabilidade do Estado.

No entanto, mesmo ocorrendo motivo e força maior, a responsabilidade do Estado poderá ocorrer se, aliada à força maior, ocorrer omissão do Poder Público na realização de um serviço. Por exemplo, quando as chuvas provocam enchentes na cidade, inundando casas e destruindo objetos, o Estado responderá se ficar demonstrado que a realização de determinados serviços de limpeza dos rios ou dos bueiros e galerias de águas pluviais teria sido suficiente para impedir a enchente.

Porém, neste caso, entende-se que a responsabilidade não é objetiva, porque decorrente do mau funcionamento do serviço público; a omissão na prestação do serviço tem levado à aplicação da teoria da culpa do serviço público (faute du service); é a culpa anônima, não individualizada; o dano não decorreu de atuação de agente público, mas de omissão do poder público.” (Direito Administrativo, ob. cit., p. 713). (Grifamos)

10 DOCTRINA

Segundo a doutrina de **MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO**:

“Existe controvérsia a respeito da aplicação ou não do artigo 37, § 6º, da Constituição às hipóteses de omissão do Poder Público, e a respeito da aplicabilidade, nesse caso, da teoria da responsabilidade objetiva. Segundo alguns, a norma é a mesma para a conduta e omissão do Poder Público; segundo outros, aplica-se, em caso de omissão, a teoria da responsabilidade subjetiva, na modalidade da teoria da culpa do serviço público. Na realidade, a diferença entre as duas teorias é tão pequena que a discussão perde um pouco do interesse, até porque ambas geram para o

ente público o dever de indenizar.

(...) No caso de omissão do Poder Público os danos em regra não são causados por agentes públicos. São causados por fatos da natureza ou fatos de terceiros. Mas poderiam ter sido evitados ou minorados se o Estado, tendo o dever de agir, se omitiu.

Isto significa dizer que, para a responsabilidade decorrente de omissão, tem que haver o dever de agir por parte do Estado e a possibilidade de agir para evitar-se o dano. A lição supratranscrita, de José Cretella Júnior, é incontestável. A culpa está embutida na ideia de omissão. Não há como falar em responsabilidade objetiva em caso de inércia do agente público que tinha o dever de agir e não agiu, sem que para isso houvesse uma razão aceitável.” (Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Direito Administrativo, Ob. cit., p. 715 e 716). (grifamos)

Na dicção de **JOSÉ CARVALHO DOS SANTOS FILHO**:

“O Estado causa danos a particulares por ação ou por omissão. Quando o fato administrativo é comissivo, podem os danos ser gerados por conduta culposa ou não. A responsabilidade objetiva do Estado se dará pela presença dos seus pressupostos – o fato administrativo, o dano e o nexo causal.

Todavia, quando a conduta estatal por omissiva, será preciso distinguir se a omissão constitui, ou não, fato gerador da responsabilidade civil do Estado. Nem toda conduta omissiva retrata num desleixo do Estado em cumprir um dever legal; se assim for, não se configurará a responsabilidade estatal. Somente quando o Estado se omitir diante do dever legal de impedir a ocorrência do dano é que será responsável civilmente em obrigá-lo a reparar os prejuízos.

A consequência, dessa maneira, reside em que a responsabilidade civil do Estado, no caso de conduta omissiva, só se desenhará quando presentes estiverem os elementos que caracterizam a culpa. A culpa origina-se, na espécie, do descumprimento do dever legal, atribuído ao Poder Público, de impedir a consumação do dano. Resulta, por conseguinte, que nas omissões estatais, a teoria da responsabilidade objetiva não tem perfeita aplicabilidade, como ocorre nas condutas comissivas.

Há mais um dado que merece realce na exigência do elemento culpa para a responsabilidade do Estado por condutas omissivas.

O art. 927, parágrafo único, do Código Civil, estabelece que “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, o que indica que a responsabilidade objetiva, ou sem culpa, pressupõe menção expressa em norma legal. Não obstante, o art. 43, do Código Civil, que como vimos, se dirige às pessoas jurídicas de direito público, não inclui em seu conteúdo a conduta omissiva do Estado, o mesmo, aliás, ocorrendo com o art. 37, § 6º, da CF. Deste modo, é de interpretar-se que citados dispositivos se aplicam apenas a comportamentos comissivos e que os omissivos só podem ser objeto

de responsabilidade estatal se houver a culpa.” (Manual de Direito Administrativo, 25ª ed., São Paulo: Editora Atlas S/A, 2012, p. 560). (grifamos)

Consoante **CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO**:

Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumprir dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo. **(Curso de Direito Administrativo. 21. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 967):**

“Responsabilidade subjetiva é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento contrário ao direito – culposo ou doloso – consistente em causar dano a outrem ou em deixar de impedi-lo quando obrigado a isso.

Em face dos princípios publicísticos não é necessária a identificação de uma culpa individual para deflagrar-se a responsabilidade do Estado. Esta noção é ultrapassada pela ideia denominada de “faute du service” entre os franceses. Ocorre a culpa do serviço ou a ‘falta de serviço’ quando este não funciona, devendo funcionar, funciona mal ou funciona atrasado. Esta é a tríplice modalidade pela qual se apresenta e nela se traduz um elo entre a responsabilidade tradicional do Direito Civil a e a responsabilidade objetiva.

(...) É mister acentuar que a responsabilidade por ‘falta de serviço’, falha do serviço ou culpa do serviço (‘faute du service’), seja qual for a tradução que se lhe dê, não é de modo algum, modalidade de responsabilidade objetivam, ao contrário do que entre nós e alhures, às vezes, tem-se inadvertidamente suposto. É responsabilidade subjetiva porque baseada na culpa (dolo), como sempre advertiu o Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello.

Com efeito, para sua deflagração não basta a mera objetividade de um dano relacionado com um serviço estatal. Cumpre que exista algo mais, ou seja, culpa (ou dolo), elemento tipificador da responsabilidade subjetiva.” (grifei)” (Curso de direito administrativo, 25 ed., São Paulo: Malheiros, p. 986-988).

Em matéria intitulada **“AS ÁRVORES CAEM: O ESTADO RESPONDE?”** e disponibilizada na Internet, o Procurador Geral do Município Geral de São Paulo, Celso Augusto Cocco Filho, servindo-se de doutrina do referenciado administrativista, assevera:

“Para CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, a responsabilidade aproxima-se da subjetiva, ou seja, deve ser demonstrada a culpa do Estado, consistente na falta o serviço, o qual deveria ter sido realizado, ou seja, deveríamos,

então, demonstrar a existência da obrigação de manutenção ou pelo menos de fiscalização daquela árvore, e que sua condição fitossanitária inadequada (contaminação por cupins, impermeabilização do solo prejudicando as raízes, por exemplo) e a consequente queda do galho resultaram da culpa administrativa.

Celso Antonio de Mello considera, porém, que a culpa do Estado deve ser presumida, o que nos liberará do ônus da prova dos fatos constitutivos do Direito. Há, na omissão, um dever legal ou moral de ação não cumprido.” (*Curso de Direito Administrativo*. 22 ed., São Paulo: Malheiros, 2007).

HELLY LOPES MEIRELLES, *admite a adoção pela Constituição federal da teoria do risco administrativo:*

“Desde que a Administração defere ou possibilita ao seu servidor a realização de certa atividade administrativa, a guarda de um bem ou a condução de uma viatura, assume o risco de sua execução e responde civilmente pelos danos que esse agente venha a causar injustamente a terceiros. Nessa substituição da responsabilidade individual do servidor pela responsabilidade genérica do Poder Público, cobrindo o risco da sua ação ou omissão, é que se assenta a teoria da responsabilidade objetiva da Administração, vale dizer, da responsabilidade sem culpa, pela só ocorrência da falta anônima do serviço, porque esta falta está, precisamente, na área dos riscos assumidos pela Administração para a consecução de seus fins. Por isso, incide a responsabilidade civil objetiva quando a Administração Pública assume o compromisso de velar pela integridade física da pessoa e esta vem a sofrer um dano decorrente da omissão do agente público naquela vigilância” (grifei).
rifamos)

11 TEORIA DA “FAUTE DU SERVICE” E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA O DIREITO PÚBLICO

Ao tratar do tema, pontifica **DANIEL WUNDER HACHEM**, em matéria intitulada “Responsabilidade Civil do Estado por Omissão: Uma Proposta da Releitura da Teoria da “*Faute du Service*”¹¹, que a Teoria da “*faute du servisse public*” se desenvolve a partir de duas ideias:

a) “*faute du servisse*”: avalia-se a conduta danosa foi ou não praticada por agente público, no exercício da função administrativa, resultando imputação de responsabilidade objetiva à entidade pública, ainda que não seja possível identificar o funcionário responsável pelo dano. “*A falta pessoal, quando totalmente desvinculada do exercício da função administrativa, é regida, pelo*

11. Direito e Administração Pública. Estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro, São Paulo: Editora Atlas S.A, p. 1137 e 1138.

Direito Privado, não ostentando qualquer relação com o Direito Administrativo”. Se a falta pessoal houver sido cometida, por outro lado, durante o serviço, ou mesmo fora dele, mas a ele ligada por vínculo de causalidade, sua relevância jurídica dirá respeito apenas à procedência da ação regressiva que deve ser manejada pelo Estado em face do agente”.

b) “*faute personnelle*”: imputação da responsabilidade diretamente ao serviço, sem perquirição da participação de qualquer agente, porque há situações em que é impossível ou inútil buscar identificar o autor do prejuízo causado. São as hipóteses de má organização ou funcionamento defeituoso/ineficiente que gera dano. Não há alegação de falta ou culpa do agente específico, sendo a causa do dano, é a própria máquina administrativa, ou seja, trata-se de responsabilidade estatal diante da ineficiência do serviço público. *Direito e Administração Pública. Estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*, São Paulo: Editora Atlas S.A, p. 1137 e 1138.

Segundo posicionamento de **CELSO BANDEIRA DE MELLO**:

“É mister acentuar que a responsabilidade por “falta de serviço”, falha do serviço ou culpa do serviço (*faute du service*, seja qual for a tradução que se lhe dê) não é, de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva, ao contrário do que entre nós e alhures, às vezes, tem-se inadvertidamente suposto. É responsabilidade subjetiva porque baseada na culpa, (ou dolo).” (*in Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São: Malheiros, 2000, p. 785).

12 DA JURISPRUDÊNCIA

“A omissão do Poder Público constitui ato atentatório dos princípios constitucionais que governam o comportamento da Administração que deve buscar a realização do bem comum”. (REsp 963939/RS, Rel. Min. Castro Meira, DJ 06/06/2008).

12.1 JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- AUSÊNCIA DE SINALIZAÇÃO

A - CONDUTA OMISSIVA DA ADMINISTRAÇÃO NA MANUTENÇÃO

A **ausência de sinalização** do buraco e a falta de manutenção visando a conservação de vias públicas, gera responsabilidade subjetiva, por parte da Administração Pública, ficando configurada a culpa exclusiva do ente público.

Nesse sentido, confira-se:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 188.226 - MA
(2012/0118641-7)

RELATORA : MINISTRA ELIANA CALMON

AGRAVANTE : MUNICÍPIO DE SÃO LUÍS

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. CONDUTA OMISSIVA CARACTERIZADA. DEVER DE INDENIZAR RECONHECIDO PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. REDUÇÃO DO VALOR ARBITRADO A TÍTULO DE DANO MORAL. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

“ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. OBRA PÚBLICA. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. COMPROVAÇÃO DO DANO E DO NEXO DE CAUSALIDADE.

[...] 2. O Tribunal *a quo*, soberano na análise do acervo fático – probatório dos autos, **conclui que, em virtude da falta de cuidados para execução da obra pública, em perímetro urbano, a autora sofreu grave acidente, ao cair dentro de um buraco**, advindo do fato uma fratura no tornozelo, de forma que restou **demonstrado o dano e o nexo de causalidade** para configuração do dano moral. Ainda, entendeu a Tribunal pela responsabilidade solidária do Município, pois o fato decorreu da falta de diligência adequada para a execução da obra, sendo que cabia ao agravante fiscalizar aqueles que lhe prestam serviço. Revisar tal entendimento demandaria revolvimento de matéria fático-probatória, o que é vedado por força do óbice da Súmula 7/STJ [...] (AgRg no AgRg no AREsp 289.198/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/08/2013, DJe 21/08/2013).

“AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 386.572-SP

RELATOR: MINISTRO HUMBERTO MARTINS

EMENTA

ADMINISTRATIVO. **RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO**. ACIDENTE COM VÍTIMA FATAL EM VIA PÚBLICA. BURACO NA PISTA. DANOS MORAIS. REDUÇÃO DO VALOR FIXADO. RAZOABILIDADE.

Pretensão de reexame de prova. SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NÃO CONHECIDA. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

(...) 1. **Ao Município compete zelar pela conservação das vias públicas e promover a sinalização adequada de buracos e imperfeições ainda não sanados. 2. Havendo, nexu causal entre a conduta negligente do Município e o acidente, que resulta em morte, impõe-se a condenação ao pagamento da indenização por danos materiais** (pensão) ao filho menor e, por danos materiais (pensão) ao filho menor e, por danos morais aos integrantes de núcleo familiar íntimo e próximo relacionamento com o falecido (mãe, ex-companheira e filho) (...).

DA DECISÃO

Responsabilidade civil – Indenização por danos materiais – Prejuízos causados por buraco existente no leito carroçável – Preliminares de ilegitimidade ativa, ilegitimidade passiva e nulidade de sentença/afastadas – Dever da Municipalidade de conservar as vias públicas – Ausentes as excludentes de responsabilidade da ré – Indenização bem arbitrada pelo magistrado *a quo* - Ação julgada procedente – Sentença mantida – Recurso improvido.

O recorrente, no recurso especial, afirma que houve, além de divergência jurisprudencial, violação do art. 393, parágrafo único, do Código Civil. Argumenta que “na data dos fatos caíram chuvas fortes e contínuas, e que foram as responsáveis pela reabertura do buraco naquele local, que acabara de ser concluída. Portanto, o caso fortuito e a força maior, estão absolutamente presentes e comprovados, não há que se falar em omissão do Poder Público, pois inexistiu qualquer omissão”.

“AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 59.284-SP

RELATOR: MINISTRO HUMBERTO MARTINS

AGRAVANTE: MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO

EMENTA

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE. CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR. NÃO RECONHECIDOS. PRETENSÃO DE REEXAME DE PROVAS. AGRAVO IMPROVIDO.

DECISÃO

“Indenização – Danos causados em veículo por má

iluminação e buraco aberto em via pública – Nexo causal comprovado – Falta de diligência da ré na conservação – Ausência de demonstração de culpa do autor no evento – Sentença mantida – Recurso desprovido.”

(...) O Tribunal de origem, soberano na análise das circunstâncias fático-probatórias da causa, ao negar provimento à apelação, entendeu pela responsabilidade objetiva do Município pelos danos causados ao veículo do autor.

É o que se infere da leitura do seguinte excerto do voto condutor do voto do acórdão recorrido (e-STJ fl. 111).

“No caso em exame, o autor foi surpreendido por buraco enquanto estacionava seu veículo, causando-lhe danos. Verifica-se, ainda, que a via pública estava mal iluminada.

Portanto, restou devidamente comprovado que a ré não agiu com a devida diligência na conservação da via pública propiciando o evento danoso sofrido pelo veículo ao excesso de chuvas; com ou sem chuvas, a manutenção e conservação da via é de responsabilidade da ré e que não tem como se esquivar dessa obrigação.

A negligência da ré fica mais patente quando se admite nas razões de seu recurso, que o buraco foi tapado em 10 de março de 2004. Ora, o evento ocorreu em 27 de janeiro de 2004, há um lapso de tempo considerável.

Ademais, os danos materiais estão demonstrados por prova incontroversa.”

Para concluir, permitimo-nos trazer a baile a jurisprudência que faz parte do Informativo do Superior do Tribunal de Justiça nº 0158/2002, o qual serve de norte para decisões judiciais:

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Informativo n° 0158
Período: 9 a 13 de dezembro de 2002.

PRIMEIRA TURMA

INDENIZAÇÃO. DANOS. PASSEIO PÚBLICO. BURACO.

Trata-se de indenização por danos sofridos com queda em **buraco** no passeio público. O Tribunal *a quo* julgou improcedente a ação, adotando a teoria de que quem teria a melhor ou mais eficiente oportunidade para evitar o dano, no caso, seria a transeunte. **A Turma proveu o recurso pois, estabelecido o nexo causal entre o acidente e a conduta omissiva do Município, a quem incumbe a manutenção do passeio público ou mesmo sinalização**

de advertência antes de consertá-lo, a falta desses procedimentos caracteriza negligência, respondendo a Administração Pública pela reparação dos prejuízos daí decorrentes. REsp 474.986-SP, Rel. Min. José Delgado, julgado em 10/12/2002.

RECURSO ESPECIAL Nº 474.986 - SP (2002/0149032-2)

RELATOR: MINISTRO JOSÉ DELGADO
RECORRENTE: ANNA ESPINHEL AMORIM
ADVOGADO: CELESTINO VENÂNCIO RAMOS
RECORRIDO: MUNICÍPIO DE SANTOS
PROCURADOR: JOCIANA DE MEDEIROS MACEDO E OUTROS

EMENTA PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. BURACO EM PASSEIO PÚBLICO. QUEDA DE MUNICÍPE. AUSÊNCIA DE TAMPA DE PROTEÇÃO OU SINALIZAÇÃO NO LOCAL. DEMONSTRAÇÃO DE RELAÇÃO DE CAUSA E EFEITO ENTRE O ATO OMISSIVO E O ACIDENTE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA POR OMISSÃO. DANOS IRREVERSÍVEIS E IRREPARÁVEIS. INCAPACITAÇÃO PARCIAL. INDENIZAÇÃO DEVIDA. PRECEDENTE.

1. Recurso Especial interposto contra v. Acórdão que julgou improcedente ação de indenização por danos sofridos com a queda da recorrente em buraco no passeio público.

2. Para que se configure a responsabilidade objetiva do ente público basta a prova da omissão e do fato danoso e que deste resulte o dano material ou moral.

3. O exame dos autos revela que está amplamente demonstrado que o acidente ocorreu, que das seqüelas dele decorreram danos irreversíveis e irreparáveis e que **não havia tampa de proteção no buraco ou sinalização que pudesse tê-lo evitado.**

4. A ré só ficaria isenta da responsabilidade civil se demonstrasse - o que não foi feito - que o fato danoso aconteceu por culpa exclusiva da vítima.

5. A imputação de culpa lastreia-se na omissão da ré no seu dever de, em se tratando de via pública (passeio público), zelar pela segurança dos munícipes e pela prevenção de acidentes.

6. Jurisdição sobre o passeio público de competência da ré e a ela incumbe a sua manutenção e sinalização, advertindo, caso não os conserte, os transeuntes dos perigos e dos obstáculos que se apresentam. A falta no cumprimento desse dever caracteriza a conduta

negligente da Administração Pública e a torna responsável pelos danos que dessa omissão advenham.

7. Os tributos pagos pelos munícipes devem ser utilizados, em contrapartida, para o bem estar da população, o que implica, dentre outras obras, a efetiva melhora das vias públicas (incluindo aí as calçadas e passeios públicos).

8. **Estabelecido o nexó causal entre a conduta omissiva e o acidente ocorrido, responde a ré pela reparação dos prejuízos daí decorrentes.** 9. Precedente da 1ª Turma desta Corte Superior. 10. Recurso provido. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Luiz Fux e Humberto Gomes de Barros votaram com o Sr. Ministro Relator. Brasília (DF), 10 de dezembro de 2002(Data do Julgamento).

MINISTRO JOSÉ DELGADO – Relator (grifamos)

VIA PÚBLICA. RESPONSABILIDADE. CARACTERIZAÇÃO. PROCEDÊNCIA. **A queda de árvore localizada em via pública é da responsabilidade a municipalidade, em face da sua incumbência de conservação, que integra o contexto do serviço público, resultando na obrigação de indenizar aquele que tiver seu carro danificado pelo resultado de tal queda. Decisão mantida. Recurso negado.”**

RESPONSABILIDADE CIVIL – DANOS MATERIAIS. Evento danoso consistente na queda de um galbo de árvore sobre veículo particular regularmente estacionado em via pública, em vaga delimitada pela Secretaria Municipal de Transportes. Nexó causal entre os danos suportados e a falta de manutenção e poda de árvore. Árvores constituem próprio Municipal, cabendo ao Poder Público, a função de vigília e conservação. No horário da queda de árvore, não choveu e nem houve ventania. Não se pode atribuir à força maior ou caso fortuito, referente à chuvas fortes e ventanias, que sequer ocorreram no momento do evento. De acordo com entendimento jurisprudencial, a falta de podas de árvores, manutenção e conservação, durante forte temporal, por si só, já configurariam o nexó de causalidade por omissão, com a exclusão da força maior ou caso fortuito, ainda mais, inexistindo esse no momento do evento. “A tese de excludente de responsabilidade por caso fortuito ou força maior, consistente em fenômeno da natureza (chuva forte com vento), para o seu reconhecimento necessário se faz a demonstração da inevitabilidade ou imprevisibilidade do evento, o que não ocorreu na hipótese dos autos. Chuvas com ventos forte, em países

tropicais como o Brasil, são previsíveis e, por isso também, devem as autoridades públicas inspecionar, conservar e adotar as providências cabíveis – até mesmo a remoção se necessário”. Precedentes jurisprudenciais – (Apelação nº 0023842-72.2011.8.26.0309 – 5ª Câmara de Direito Público do TJSP, Apelação Cível nº 260.006-1- 4ª Câmara de Direito Público do TJSP

A título elucidativo, permitimo-nos trazer à baila, uma decisão proferida pelo Judiciário, referente a um sinistro ocorrido no Município de Santo André, envolvendo a questão da queda de árvores em dia de ocorrência de chuvas torrenciais. Segundo restou decidido, devido ao aspecto climático tropical existente no país, as chuvas fortes por serem um evento da natureza, podem ocorrer a qualquer momento, daí porque serem previsíveis, não configurando, por si só, caso fortuito ou força maior. Por outro lado, restou decidido que constitui conduta omissiva do Município não providenciar a poda de árvores, competindo às autoridades municipais a fiscalização e conservação das árvores, que em vias públicas, integram o patrimônio público urbanístico da cidade. Ao final conclui ser o Município, o responsável pela reparação dos danos decorrentes de acidente causado por falha na prestação desse serviço, tratando de responsabilidade objetiva do Estado, na modalidade risco administrativo, em face da falha do serviço público.

(...) DECIDO. O pedido da ação ajuizada por Rachel Mantovani Vidueira contra a Prefeitura Municipal de Santo André é parcialmente procedente. A discussão em causa gira em torno do reconhecimento da responsabilidade civil objetiva do Município de Santo André. Doravante, o exame do caderno processual permite concluir que o dano descrito decorreu da ineficiência dos serviços públicos prestados pela parte ré, no que se refere à fiscalização e conservação de árvore plantada em via pública. Uma vez que ao Município compete a fiscalização e conservação do patrimônio urbanístico municipal, aí incluídas as árvores plantadas em vias públicas, é ele o responsável pela reparação dos danos decorrentes de acidente causado por falha na prestação desse serviço. Tal responsabilidade decorre da responsabilidade objetiva do Estado, na modalidade risco administrativo, em face da falha do serviço público. Nesse sentido: RESPONSABILIDADE CIVIL – Indenização - Dano patrimonial. Queda de árvore - Falta de conservação adequada - Omissão da Municipalidade caracterizada. Danos causados em imóvel e nexos causal comprovados. Recurso improvido. (Apelação nº 319.987-5/2-00 - Campinas - 10ª Câmara de Direito Público - Relator: Reinaldo Miluzzi - 23.02.06 - V.U. - Voto nº 1319). Responsabilidade civil da Administração - Queda de árvore em razão de vendaval. Pedidos de poda e erradicação da árvore feitos pelo

morador da rua não atendidos - Desde que a comunicação de que a árvore tornara-se perigosa, ao Poder Público cumpria o dever de tomar as providências necessárias para a erradicação, mesmo que a isso se opusesse algum dos moradores da região - Poder-dever da Administração que prescinde da aquiescência do morador - Ação julgada procedente. (TJSP - 8ª C. Dir. Público - Ap. - Rel. Toledo da Silva - j. 11.6.97, TJT-LEX 197/80. O princípio da responsabilidade objetiva - já advertiu o STF - não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradas de situações liberatórias - como o caso fortuito e a força maior - ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima (RDA 137/233 - RTJ 55/50), o que não é o caso dos autos. O conjunto probatório acostado aos autos, notadamente o depoimento das testemunhas arroladas pela autora, aponta para a situação precária da árvore que caiu sobre a residência da autora. Dos depoimentos, extrai-se que se tratava de árvore alta (classificada como porte médio pelo engenheiro ouvido em Juízo, fls. 147), antiga, com raiz exposta na calçada e oca. A testemunha Neura Munhoz Brejão, residente no local há mais de quarenta anos, afirmou que a requerida não podava regularmente a referida árvore (cfr. fls. 141). A testemunha Eliana de Paula Ferreira, no mesmo sentido, afirmou que, durante os quatorze anos em que reside no local, de frente para a residência da autora, nenhuma vez viu a árvore ser podada (cfr. fls. 137). As testemunhas também confirmaram que a autora solicitou várias vezes providências à requerida, sem sucesso. Dessa forma, seja qual for a corrente doutrinária adotada para se aferir a responsabilidade estatal, não há como se elidir a responsabilidade do município. Assim, na lição do saudoso HELY LOPES MEIRELLES, admitindo-se a adoção pela Constituição federal da teoria do risco administrativo: Desde que a Administração defere ou possibilita ao seu servidor a realização de certa atividade administrativa, a guarda de um bem ou a condução de uma viatura, assume o risco de sua execução e responde civilmente pelos danos que esse agente venha a causar injustamente a terceiros. Nessa substituição da responsabilidade individual do servidor pela responsabilidade genérica do Poder Público, cobrindo o risco da sua ação ou omissão, é que se assenta a teoria da responsabilidade objetiva da Administração, vale dizer, da responsabilidade sem culpa, pela só ocorrência da falta anônima do serviço, porque esta falta está, precisamente, na área dos riscos assumidos pela Administração para a consecução de seus fins. Por isso, incide a responsabilidade civil objetiva quando a Administração Pública assume o compromisso de velar pela integridade física da pessoa e esta vem a sofrer um dano decorrente da omissão do agente

público naquela vigilância (grifei). Com relação à tese de excludente de responsabilidade por caso fortuito ou força maior, consistente em fenômeno da natureza (chuva forte com vento), para o seu reconhecimento necessário se faz a demonstração da inevitabilidade ou imprevisibilidade do evento, o que não ocorreu na hipótese dos autos. Chuvas com ventos fortes, em países tropicais como o Brasil, são previsíveis e, por isso também, devem as autoridades públicas inspecionar, conservar e adotar as providências cabíveis até mesmo a remoção se necessário das árvores plantadas em vias públicas. INDENIZAÇÃO - Responsabilidade civil objetiva - Árvore plantada em praça pública - Queda - Responsabilidade da Municipalidade pela conservação - Caso fortuito ou força maior não comprovados - Sentença mantida - Juros de mora a partir da citação - Recursos não providos. (Apelação Cível n. 260.006-1 - Jundiá - 4ª Câmara de Direito Público - Relator: Eduardo Braga - 24.10.96 - V.U.). INDENIZAÇÃO - Responsabilidade Civil do Estado - Danos causados em residência particular pela queda de árvore - Omissão na prestação do serviço público de poda, conservação e erradicação de pragas, que evidencia a “faute du servisse” da Municipalidade - Ação procedente - Reexame necessário e recurso voluntário improvidos. (Apelação Cível com Revisão n. 263.882-5/1-00 - São Paulo - 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça - Relator: Ricardo Lewandowski - 17.08.05 - V.U.). Embora a testemunha José Antonio Bagalhi tenha mencionado que a Prefeitura tem um departamento específico que cuida da poda de árvores (fs. 147), nada veio aos autos, capaz de infirmar a alegação da parte autora no sentido de que aquela árvore, especificamente, tenha sido prévia e devidamente podada ou mesmo vistoriada. De concreto, nenhum indício sequer da imprescindível atuação municipal na defesa, conservação e fiscalização de seu patrimônio. Os fenômenos da natureza não podem ser considerados causas imprevisíveis ou inevitáveis de dano nesse caso, uma vez que nenhuma medida foi adotada para evitar o acidente. Nesse sentido: Não há que se falar em culpabilidade do autor por ter estacionado perto de uma árvore em precárias condições, e nem a excludente de responsabilidade por uma chuva anormal, plenamente previsível. Assim, a procedência da ação é manifesta, com base na teoria do risco administrativo, consoante a norma consagrada na Constituição Federal, ainda mais que não se comprovou a alegada excludente de responsabilidade, seja a título de caso fortuito, seja em nome de força maior. A queda de árvore, portanto, encontrou causa em omissão da administração pública, que deveria tomar os cuidados com a manutenção ou corte das árvores que poderiam vir a cair. (TJSP - 3ª C. - Ap. Rel. Flávio Pinheiro - j. 24.05.94 - RT 711/02). O conjunto fático e probatório evidencia

que o nexo de causalidade material restou plenamente configurado em face do comportamento omissivo em que incidiu o Poder Público, impondo-se à Municipalidade o dever de indenizar os prejuízos decorrentes. Contudo, não merece acolhida o pedido de indenização por danos morais.

RESPONSABILIDADE CIVIL – DANOS MATERIAIS. Evento danoso consistente na inclinação de árvore sobre residência. Necessidade de locação de um “munch” para auxiliar no trabalho de bombeiros. Nexo causal entre os danos suportados e a falta de manutenção e poda de árvore. Árvores constituem próprio Municipal, cabendo ao Poder Público, a função de vigília e conservação. De acordo com entendimento jurisprudencial, a falta de podas de árvores, manutenção e conservação, durante forte temporal, por si só, já configurariam o nexo de causalidade por omissão, com a exclusão da força maior ou caso fortuito, ainda mais, inexistindo esse no momento do evento. “A tese de excludente de responsabilidade por caso fortuito ou força maior, consistente em fenômeno da natureza (chuva forte com vento), para o seu reconhecimento necessário se faz a demonstração da inevitabilidade ou imprevisibilidade do evento, o que não ocorreu na hipótese dos autos. Chuvas com ventos forte, em países tropicais como o Brasil, são previsíveis e, por isso também, devem as autoridades públicas inspecionar, conservar e adotar as providências cabíveis – até mesmo a remoção se necessário”. Precedentes jurisprudenciais – (Apelação nº 0023842-72.2011.8.26.0309 – 5ª Câmara de Direito Público do TJSP, Apelação Cível nº 260.006-1- 4ª Câmara de Direito Público do TJSP).

RESPONSABILIDADE CIVIL – DANOS MATERIAIS. *Evento danoso consistente na inclinação de árvore sobre residência. Necessidade de locação de um “munch” para auxiliar no trabalho de bombeiros. Nexo causal entre os danos suportados e a falta de manutenção e poda de árvore. Árvores constituem próprio Municipal, cabendo ao Poder Público, a função de vigília e conservação. De acordo com entendimento jurisprudencial, a falta de podas de árvores, **manutenção e conservação, durante forte temporal, por si só, já configurariam o nexo de causalidade por omissão, com a exclusão da força maior ou caso fortuito, ainda mais, inexistindo esse no momento do evento.** “A tese de excludente de responsabilidade por caso fortuito ou força maior, consistente em fenômeno da natureza (chuva forte com vento), para o seu reconhecimento necessário se faz a demonstração da inevitabilidade ou imprevisibilidade do evento, o que não ocorreu na hipótese dos autos. Chuvas com ventos forte, em países tropicais como o Brasil, são previsíveis e, por isso também, devem as autoridades públicas inspecionar, conservar e adotar as providências cabíveis – até mesmo a remoção se necessário”. Precedentes jurisprudenciais – (Apelação nº 0023842-72.2011.8.26.0309 – 5ª Câmara de Direito Público do*

TJSP, Apelação Cível nº 260.006-1-4ª Câmara de Direito Público do TJSP).

TJSP – 7ª Câmara de Direito Público

“Apelação Cível com Revisão nº 669.711-5/2-00

EMENTA:

“I. Responsabilidade Civil. Queda de árvore. Ressarcimento dos danos materiais. Admissibilidade. A Municipalidade é responsável pela culpa do serviço. Instada várias vezes para realizar as podas ou crtes da árvore, somente a podava uma vez por ano. Culpa omissiva do Poder Público, caracterizada pela “faute du service”, em não acompanhar o crescimento irregular da árvore, nem fazer a manutenção necessária. Desacolhe-se, por outro lado, as alegações do ente público de que a queda decorreu de força maior”. (grifamos)

“Quando o comportamento lesivo é omissivo, os danos não são causados pelo Estado, mas por evento alheio a ele. A omissão é condição do dano, porque propicia a sua ocorrência. Condição é o evento cuja ausência enseja o surgimento do dano. **No caso de dano por comportamento omissivo, a responsabilidade do Estado é subjetiva** “(TJSP – 4ª. C. Dir. Público. Ap. Civ. – Rel. Soares Lima – j. 25.04.1996 – JTJ-LEX 183/76).

RESPONSABILIDADE CIVIL - Queda de árvore - Danos materiais - Negligência - Falha do serviço - Sentença de procedência – **A responsabilidade por omissão da Administração é subjetiva, decorrente da negligência ou falha do serviço público** – Manifesta improcedência - Negado seguimento (TJSP – 10ª. C. Dir. Público. Ap. Civ. 299.277-5/9-00 - Rel. Teresa Ramos Marques - j. 10.11.2008).

CONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVO CIVIL
RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS PÚBLICAS. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. CULPA PUBLICIZADA. FALTA DO SERVIÇO. CF art 37, § 6º.
I - **Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva**, pelo que exige dolo ou culpa, esta numa de suas três vertentes, a negligência a imperícia ou a imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público **de forma genérica à falta do serviço**. II - A falta do serviço “faute du service” dos franceses - **não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexó de causalidade entre a ação omissiva**

atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro
(RE 369820 / RS, relatado pelo Ministro Carlos Velloso.
Publicado em 27.02.2004).

Jurisprudência pacífica no TJSP (segundo Des. Leonel
Costa)

“00138-41.2011.8.26.0252 – Apelação

Relator(a): Danilo Panizza

Comarca: Ipaucú

Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Público

Data do julgamento: 12/11/ 2013

Data de registro: 14/11/2013

Outros números: 11384220118260252

Ementa: APELAÇÃO INDENIZAÇÃO QUEDA DE
ÁRVORE EM VIA PÚBLICA. RESPONSABILIDADE.
CARACTERIZAÇÃO. PROCEDÊNCIA. A queda de
árvore localizada em via pública e da responsabilidade
da municipalidade, em face da sua incumbência de
conservação, que integra o contexto do serviço público,
resultando na obrigação de indenizar aquele que tiver seu
carro danificado pelo resultado queda. Decisão mantida.
Recurso negado.

Apelação com revisão n. 321.915-5/5-00

Apelante: Prefeitura Municipal de Ribeirão do Sul

“**Responsabilidade civil** – Ação de Indenização por
danos materiais e morais. Queda de árvore sobre veículo
do autor – Ação julgada procedente.

Recurso Oficial – Não conhecido, nos termos do disposto
no artigo 475, § 2º, do CPC.

Recurso voluntário da Municipalidade - Alegação de
inexistência de culpa no evento dano – Inadmissibilidade
– Obrigação do Poder Público de fiscalizar e conservar
as árvores plantadas em via pública – Não demonstrado
no caso fortuito alegado pela apelante – Configurada a
responsabilidade da Municipalidade pelo evento danoso.

r. Sentença mantida – Recurso Oficial não conhecido –
Recurso improvido.”

CONCLUSÃO

A Indenização pressupõe a existência de nexo de causalidade entre
o evento danoso e ação ou omissão da Administração, cuja cópia incumbe

à vítima na Teoria da Responsabilidade Subjetiva. Na Responsabilidade Objetiva, a culpa da Administração já constitui prova pré-constituída.

De acordo com **art. 37, § 6º, da CF**, 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.

O entes federados podem ser considerados fornecedores de Serviço, nos termos do artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor.

A Constituição Federal/88 assegura o direito à indenização decorrente de ato ilícito, ainda que, meramente moral (artigo 5º, X).

Assim, para comprovação de culpa e determinação de responsabilidade civil, aplica-se na a norma consagrada pelos artigos 186 e 927 do Código Civil/02.

Por outro lado, não há de se falar em força maior ou caso fortuito quando houver previsibilidade de se evitar o dano.

Entendemos na viabilidade de transação/conciliação, no âmbito administrativo, quando o princípio da supremacia do interesse público coincide com interesse particular em se ter um serviço público eficiente.

REFERÊNCIA

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de Direito Administrativo. Malheiros Editores.

CARVALHO DOS SANTOS FILHO. José. Manual de Direito Administrativo, 25ª ed., São Paulo: Editora Atlas S/A, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. Editora Atlas.

HIGA. Alberto Sinji. Manual de direito administrativo/ Alberto Sinji Higa, Marcos Pereira Castro, Simone Zanutello de Oliveira; coordenadores: Alexandre Pereira Pinto Ormonde, Luiz Roberto Carboni Souza e Sérgio Gabriel. São Paulo: Ridel, 2018.

FRANCO SOBRINHO. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. Contratos Administrativos. São Paulo: Saraiva, 1981.

MARÇAL, Justen Filho. Curso de Direito Administrativo. 6ª ed. Belo Horizonte: Editora

CAPÍTULO 23

TRANSFORMAÇÃO NAS LICITAÇÕES PELO PREGÃO: AVANÇOS E ASPECTOS CONTROVERTIDOS DO USO DA MODALIDADE

IRENE PATRÍCIA NOHARA

Livre-docente em Direito Administrativo (USP/2012), Doutora em Direito do Estado (USP/2006), Mestre em Direito do Estado (USP/2002) e graduada pela FADUSP, com foco na área de direito público. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogada Parecerista. Gestora do site direitoadm.com.br.

CRISTINA BARBOSA RODRIGUES

Advogada. Mestre em Direito da Sociedade da Informação - Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU, Pós-Graduada em Direito Administrativo Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professora de Direito Administrativo e Direito Tributário da Universidade Paulista – UNIP.

INTRODUÇÃO

As contratações públicas e a forma como são efetivadas são temas de fundamental aplicação prática na Administração Pública, na medida em que as licitações e as avenças delas decorrentes são instrumentos utilizados para a realização das funções públicas, na concretização das necessidades sociais, as quais devem ser atendidas sob a égide de regras e princípios que visam garantir, em especial, a publicidade, moralidade, impessoalidade, igualdade

de condições a todos os interessados e eficiência, nos termos do *caput e inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal*.

Conforme expõe Maria Sylvia Zanella Di Pietro,

*a própria licitação constitui um princípio a que se vincula a Administração. Ela é decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público e que se constitui em uma restrição à liberdade administrativa na escolha do contratante; a Administração terá que escolher aquele cuja proposta atenda ao interesse público.*¹

Dessa forma, considerando, que além de um procedimento, a licitação é pressuposto basilar das contratações públicas, a legislação infraconstitucional estabelece as formas como as licitações públicas devem ser realizadas, definindo as chamadas modalidades licitatórias. O art. 22 da Lei nº 8.666/93 previu cinco modalidades: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão.

Contudo, a Lei nº 10.520/2002, regulamentada no âmbito federal pelos Decretos Federais nº 3.555/2000 e 5.450/2005, criou a sexta modalidade licitatória denominada pregão. Trata-se de inovação que agregou muitas vantagens às licitações, sendo forjada num ambiente em que os rápidos avanços tecnológicos que alteravam o relacionamento e as contratações na sociedade.

O pregão trouxe racionalidade e agilidade para a disputa, permitindo, inclusive, o uso das novas tecnologias da informação e comunicação em seu procedimento, sendo desdobrado em: pregão presencial, com a presença física dos interessados e dos representantes do Poder Público, e pregão eletrônico, no qual toda a disputa ocorre em ambiente virtual.

O presente artigo, escrito em homenagem ao ilustre publicista Toshio Mukai, a convite de Arthur Júnior e Alberto Higa, objetiva focar no pregão, explicando seu surgimento, características e avanços, problematizando alguns aspectos controvertidos do uso da modalidade.

1 PREGÃO: CONCEITO E VANTAGENS

O termo pregão pode ser compreendido como o ato “de apregoar, proclamação, ato pelo qual os porteiros de auditórios, os corretores de bolsas ou leiloeiros apregoam a coisa”² e, nessa esteira, a Lei nº 10.520/2002 definiu que pregão é a modalidade de licitação que tem como característica principal a busca da proposta mais vantajosa nas contratações de bens e

1. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 29 ed. São Paulo: Forense, 2016, p.415.

2. SANTANA, Jair Eduardo. *Pregão Presencial e Eletrônico - Manual de Implantação, Operacionalização e Controle*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p.26.

serviços comuns de mediante disputa entre os licitantes através de propostas escritas, seguidas de lances verbais ou digitais.

Da leitura da lei, depreende-se que uma das características diferenciadoras dessa modalidade licitatória é a adoção parcial do princípio da oralidade no procedimento, posto que enquanto nas formas convencionais de licitação a manifestação de vontade dos proponentes se formaliza sempre através de documentos escritos (propostas), no pregão presencial os concorrentes, depois de apresentarem as propostas escritas nos tradicionais envelopes, poderão oferecer verbalmente novas propostas que substituirão a inicialmente apresentada.

Há, portanto, no pregão a possibilidade de conjugação de propostas escritas e lances verbais, sendo que o exame do preço passa por duas etapas, flexibilizando a regra da imutabilidade das propostas verificada nas licitações da Lei 8.666/93, e acrescentando maior competitividade ao procedimento, o que estimula às contratações mais vantajosas.

Além da oralidade, também é marcante no pregão a característica da ampla participação, posto que ele dispensa o cadastramento prévio. Além disso, nessa modalidade de licitação adota-se obrigatoriamente o critério de julgamento menor preço, fato que justifica a sua utilização apenas para as aquisições de bens e serviços comuns, para as quais prevalece a análise da vantajosidade da contratação sob a ótica econômica, sem prejuízo da qualidade, dado que ele recai sobre bem e serviço com um mercado padronizado de fornecedores.

Uma das principais vantagens oferecidas pelo pregão é a celeridade,³ posto que ele estabelece prazos menores e procedimentos simplificados (inversão das fases de habilitação e julgamento de propostas, análise da documentação de habilitação apenas do vencedor do certame, unificação dos recursos e possibilidade de negociação após o término dos lances), característica potencializada pela disposição do §1º do artigo 2º da Lei 10.520/02, que permite a modalidade seja realizada por meio da utilização de recursos da tecnologia da informação e da comunicação, possibilitando que o certame também ocorra em ambiente digital. Incorpora-se definitivamente a internet no processo de contratações públicas, com a

3. Enquanto, segundo dados do Ministério do Planejamento, o tempo médio de uma concorrência é de 120 dias, 90 dias de uma tomada de preços e 22 dias de um convite, o pregão eletrônico leva em média 17 dias da publicação do edital ao resultado final, o que reduz os gastos do Poder Público com a realização de licitações. Cf. Benefícios do pregão eletrônico. Disponível em: <<http://licitacao.uol.com.br/notdescricao.asp?cod+1827>>. Acesso em 10 jan. 2010. Cf. NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 376.

utilização dos meios de comunicação à distância, especificamente da rede mundial de computadores.

2 HISTÓRICO E CRITÉRIOS PARA UTILIZAÇÃO DO PREGÃO

O pregão, como forma de licitar, não é verdadeiramente uma novidade, suas origens datam do final do século XVI, posto que as Ordenações Filipinas, conjunto de normas por muito tempo aplicada no Brasil, já mencionavam procedimento semelhante ao pregão como prática de licitação pública, sendo que alguns países da América Latina e da Europa também se valeram dessa modalidade de certame público, conforme menciona Carlos Pinto Coelho Motta:

a instituição da modalidade pregão em licitação não é exatamente uma idéia nova, porquanto já no ano de 1592, nas vetustas Ordenações Filipinas, encontravam-se as primeiras práticas de licitação pública, assumindo precisamente a forma de pregão⁴

A Lei 9.472/1997 – Lei Geral das Telecomunicações, em seu artigo 55, estabeleceu inicialmente o pregão, com uma modelagem próxima a que conhecemos hoje, apenas para a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, sendo, o mesmo posteriormente estendido a todas as agências reguladoras pela Lei Federal nº 9.986, de 18/07/2000. Com a constatação de que a aplicação prática do pregão foi bem sucedida e vantajosa para as agências reguladoras, o governo federal, promovendo alterações na legislação, estendeu a nova modalidade para os demais órgãos e entidades da administração, promovendo alterações na legislação.

Nesse trilhar, por meio da Medida Provisória nº 2.026, de 04 de maio de 2000 foi formalmente instituída a modalidade de licitação pregão no âmbito da Administração Pública Federal e, posteriormente, com a Medida Provisória 2.182/2001 (última reedição da MP 2.026/2000), e sua posterior conversão na Lei nº 10.520/2002, a sua utilização foi estendida aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, incluindo autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente por esses entes, dando fim a decisão polêmica de, inicialmente, a medida provisória ter restringido o uso do pregão apenas para os órgãos e entidades federais.

O pregão “apresenta algumas características tipificadoras que modificaram sensivelmente a noção procedimental das licitações, nela

4. MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficiência nas Licitações e Contratos*. 12 ed, Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p.8.

influindo diretamente”⁵, tanto que no Regime Diferenciado de Contratações - RDC, instituído pela Lei nº 12.462/2011, nas licitações das empresas estatais, definidas pela Lei nº 13.303/2016 e no atual projeto de reforma da Lei Geral das Licitações, que tramita na Câmara dos Deputados (PL 6814/2017), a essência da modelagem do pregão se incorpora ao conceito de licitação pública influenciando o seu procedimento com suas inovações, como a inversão de fases, a fase recursal única e uso do ambiente digital para a realização das disputas.

A modalidade licitatória pregão poderá ser utilizada para a aquisição de bens e serviços comuns, independentemente do valor, que, nos termos do parágrafo único do art. 1º da Lei 10.520/2002, são aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser definidos objetivamente pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado, inclusive, para licitações onde a Administração objetive o registro de preços para futuras e eventuais aquisições ou prestação de serviços (SRP – Sistema de Registro de Preços)

Assim, se o desempenho, ou seja, a eficiência e a qualidade do produto ou serviço puder ser, objetivamente, definido por padrões frequentemente utilizados no mercado, a sua aquisição poderá ser realizada através de licitação na modalidade pregão. Ressalte-se que o artigo 3º, II, da Lei 10.520/2002 determina que os bens ou serviços objeto do pregão deverão ter definição clara no instrumento convocatório, sendo vedadas especificações que, por excessivas ou desnecessárias, limitem a competição.

Sobre o conceito de bens e serviços comuns, esclarece Jessé Torres Pereira Junior que:

Em aproximação inicial do tema, pareceu que ‘comum’ também sugeria simplicidade. Percebe-se, a seguir, que não. O objeto pode portar complexidade técnica e ainda assim ser ‘comum’, no sentido de que essa técnica é perfeitamente conhecida, dominada e oferecida pelo mercado. Sendo tal técnica bastante para atender às necessidades da Administração, a modalidade pregão é cabível a despeito da maior sofisticação do objeto.⁶

Nessa seara, depreende-se que bens ou serviços comuns são aqueles que podem ser encontrados no mercado sem maiores dificuldades, sendo fornecidos por diversas empresas de acordo com um padrão básico de especificações, com pouca variação, sintetizando, é “aquele que apresenta sob identidade e características padronizadas e que se encontra disponível, a

5. SANTANA, Jair Eduardo, op. cit., p. 27.

6. PEREIRA Junior, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. 17ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1006.

qualquer tempo, num mercado próprio”⁷, característica que será avaliada caso a caso, não sendo possível definir um rol exaustivo de objetos que podem ser licitados por meio dessa modalidade, tanto que a lista anteriormente definida pelo Anexo II do Decreto Federal nº3.555/2000 foi revogada.

A definição normativa do objeto do pregão exclui obras de engenharia, restando a polêmica acerca da utilização do pregão para a contratação dos serviços de engenharia, sobre quais a Lei nº 10.520/2002 foi silente. Contudo, se os serviços de engenharia que a Administração pretende contratar constituem atividades de fácil caracterização, segundo padrões objetivos e usuais no mercado, que não comportam variações de execução relevantes, ou seja, serviços de execução pouco diversificada comparando a gama relevante de empresas capaz de executá-los, temos eles poderão ser considerados serviços comuns para fins da licitação pregão.

Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União, em sua Súmula 257, consolidou entendimento no sentido de que “o uso de pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei nº 10.520/2002”.⁸

Até porque,

(...) não há que se confundir especialização do licitante com complexidade do serviço, pois o primeiro termo refere-se à segmentação das atividades empresariais, ao passo que o segundo, à arduidade do trabalho. Uma empresa especializada – não se está falando de notória especialização – pode sê-lo relativamente a um serviço comum. (...)⁹

Ainda que seja a mais moderna e célere licitação, a adoção da modalidade licitatória pregão é uma decisão discricionária, cada ente federativo poderá disciplinar a forma de utilizá-lo, porquanto as modalidades licitatórias previstas na Lei nº 8.666/93, estando em vigor, também poderão ser utilizadas, dentro da sistemática tradicional, para a aquisição de bens e serviços comuns, porém sem perder de vista a busca a eficiência e vantajosidade da forma de contratação escolhida. Para Marçal Justen Filho:

A opção pelo pregão é facultativa, o que evidencia que não há um campo específico, próprio e inconfundível para o pregão. Não se trata de uma modalidade cuja existência se exclua a possibilidade de adotar-se convite, tomada ou

7. JUSTEN Filho, Marçal. Pregão. *Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*. 6ª ed. São Paulo: Dialética, 2013, p. 30.

8. BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Jurisprudência Seleccionada*. Disponível em <https://contas.tcu.gov.br>. Acesso em 30/09/2018.

9. BRASIL. Tribunal de Contas da União - Acórdão nº 2.079/2007, Plenário, rel. Min. Marcos Vinícios Vilaça

concorrência, mas se destina a substituir a escolha de tais modalidades, nos casos em que assim seja reputado adequado e conveniente pela Administração.¹⁰

Entretanto, no âmbito federal, o Decreto nº 5.450/2005, calcado nos resultados vantajosos obtidos, em seu artigo 4º há a obrigatoriedade do uso do pregão para a aquisição de bens e serviços comuns, priorizando, inclusive, a forma eletrônica. Ademais, o Decreto Federal nº 5.504/2005 exige que as todas as unidades administrativas (incluindo-se Municípios, Estados e Distrito Federal) que contratem com recursos oriundos da União, a título de transferência voluntária, realizem a contratação mediante pregão na sua forma eletrônica, permitindo-se o uso da forma presencial apenas na hipótese de impossibilidade técnica.

Figura de destaque no procedimento do pregão, que ora é denominada como autoridade superior, ora como autoridade competente, é o agente público que tem poder decisório e fiscalizatório e, conforme determina o inciso I, do artigo 3º da Lei 10.520/2002, essa autoridade, por si, ou por delegação de competência, justificará a necessidade de contratação e definirá o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento.

Ademais, ainda são atribuições da autoridade superior, segundo o art. 7º do Decreto Federal nº 3.555/2000: determinar a abertura do certame; definir o valor estimado da contratação; designar pregoeiro e a equipe de apoio; decidir os recursos contra atos do pregoeiro; e, havendo recurso, fazer a adjudicação do objeto da licitação ao licitante vencedor; homologar, o resultado da licitação e promover a celebração do contrato.

É importante mencionar que no Brasil, a condução dos certames públicos tradicionalmente é, em regra, confiada a colegiados compostos por servidores públicos dos quadros da repartição interessada. Contudo, o pregão, como ocorre com o leilão, deve ser conduzido singularmente por um servidor qualificado para o desempenho das atribuições de pregoeiro, cujas atividades, dentre outras, envolvem o recebimento, análise e classificação das propostas e lances, o exame da habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor.

O pregoeiro é auxiliado por uma equipe de apoio, indicada e nomeada pela autoridade competente, devendo essa ser integrada, em sua maioria, por servidores públicos integrantes do quadro permanente da entidade pública. Tal equipe, pelo que se depreende da norma regulamentar, tem

10. JUSTEN FILHO, op. cit., p. 42

por missão precípua prestar assistência ao pregoeiro, dando suporte às suas atividades (formalização de atos processuais, realização de diligências diversas, assessoramento ao pregoeiro nas sessões do certame, redação de atas, relatórios e pareceres etc.), sendo oportuno frisar que essa equipe não possui atribuições que importem em julgamento ou deliberação, sendo tais atos de responsabilidade pessoal e exclusiva do pregoeiro, posto que segundo Jessé Torres Pereira Junior:

não se confunda equipe de apoio, referida no art. 7º, II do decreto regulamentador, com comissão de licitação. A diferença fundamental é evidente: no pregão, a responsabilidade de conduzir e julgar é pessoal e exclusiva do pregoeiro, nas demais modalidades de licitação, a responsabilidade de conduzir e julgar é do órgão colegiado. A equipe de apoio ao pregoeiro limitar-se-á a realizar os atos materialmente necessários à prática do procedimento, nenhuma influência tendo ou podendo ter sobre as decisões do pregoeiro.¹¹

Nesse trilhar, verifica-se que ao pregoeiro compete conduzir o certame principalmente em sua fase externa, compreendendo a prática de todos os atos tendentes à escolha de uma proposta que se mostre a mais vantajosa para a Administração Pública, sendo relevante esclarecer que em repartições militares as funções de pregoeiro, como também aquelas confiadas à equipe de apoio, poderão ser exercitadas por militares, não havendo restrição quanto ao posto ou patente.

3 PROCEDIMENTO DO PREGÃO PRESENCIAL

Conforme ocorre nas demais modalidades licitatórias, no pregão também há uma divisão do procedimento em duas fases ou etapas, previstas nos artigos 3º e 4º da Lei nº 10.520/2002, a interna, que se deflagra no âmbito interno da Administração Pública, e a externa, que se inicia quando é divulgado o aviso de edital, para chamamento de interessados em contratar com o Poder Público.

A fase interna caracteriza-se por ser um momento preparatório, de planejamento, essencial para o sucesso do procedimento, no qual a Administração Pública justifica a contratação, define o objeto, fixa a estimativa de seu valor, mediante pesquisa de mercado, e as condições de sua execução, por meio do Termo de Referência, relaciona as exigências de habilitação para os licitante, define os critérios de aceitação das propostas,

11. PEREIRA Junior, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. 17ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.973.

descreve os procedimentos de fiscalização, estabelece as sanções por inadimplemento, fixa previamente as cláusulas do contrato com as obrigações das partes, elabora o edital, verifica a disponibilidade de recursos necessários para a despesa, demonstra o atendimento à Lei Complementar nº 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal e promove a nomeação do pregoeiro e da equipe de apoio.

A Lei nº 10.520/2002 não define o conceito do mencionado Termo de Referência, mas, de acordo com o art. 8º do Decreto Federal 3.555/2000, que regulamenta a modalidade licitatória pregão no âmbito da União, sua função é estabelecer os elementos indispensáveis à formulação das propostas pelos interessados em participar da disputa, caracterizando a formalização documental das avaliações e projeções realizadas pela Administração acerca do objeto da futura contratação, conforme esclarece Marçal Justen Filho:

O dito “termo de referência”, consiste na formulação documental das avaliações da Administração acerca disso tudo. Nele se evidenciarão as projeções administrativas acerca da futura contratação, de molde a assegurar que a Administração tenha plena ciência sobre as exigências que serão impostas a si e ao particular que vier a ser contratado.¹²

Além disso, não se pode olvidar que também é de extrema importância para o sucesso da licitação a elaboração adequada do edital e seus anexos, cujas minutas deverão ser submetidas ao exame da assessoria jurídica do órgão licitante, exigência que decorre do parágrafo único do artigo 38, da Lei nº 8666/93, e, nos termos do artigo 40 e incisos da Lei 8.666/93, o instrumento convocatório deverá dispor sobre todas as regras que serão utilizadas para o desenvolvimento do procedimento, as quais vincularão a Administração em todos os seus termos (princípio da vinculação ao edital), sendo vedado, conforme estatui o § 1º do art. 3º da Lei nº 8.666/93, inserir exigências, requisitos e condições que restrinjam a competitividade da disputa.

No âmbito do pregão, cabe salientar é que vedada a exigência de garantia de proposta como condição de participação, isto é, não se aplica o disposto no art. 31, inciso III da Lei nº 8.666/93 e, além disso, o artigo 5º da Lei do Pregão impede a exigência de aquisição do edital como condição para a participação do certame e proíbe a cobrança de taxas e emolumentos, salvo os referentes ao custo de fornecimento do edital.

Para aferir a habilitação dos licitantes, o instrumento convocatório deverá requisitar comprovação de regularidade fiscal e trabalhista, além de documentos que comprovem a sua regularidade jurídica e qualificação

12. JUSTEN FILHO, op. cit., p.70-71.

técnica e econômico-financeira do licitante, conforme artigos 28 a 31 da Lei 8.666/93.

A segunda e última etapa do procedimento do pregão, a fase externa, tem início com a convocação dos interessados em participar da disputa, a qual dar-se-á mediante publicação do respectivo aviso de licitação, com as informações sobre o certame (objeto, o local, dias e horários em que poderá ser lida ou obtida cópia do edital, bem como onde serão recebidos os envelopes contendo as propostas e os documentos de habilitação) no Diário Oficial, ou, não existindo, em jornal de circulação diária local, por meios eletrônicos (site) e, conforme o vulto da licitação, em jornal de grande circulação. A legislação de regência estabelece que quanto maior o vulto da contratação, mais ampla deverá ser a publicidade conferida ao certame.

Ademais disso, exemplares do edital devem ser colocados à disposição de qualquer pessoa para consulta, entendendo-se que esta consulta poderá ser realizada na sede do órgão ou entidade licitante e no seu respectivo site.

No contexto da publicidade, é importante mencionar que as licitações públicas, por imposição legal, respeitam um lapso temporal mínimo entre a data da publicação do aviso de edital e a data de apresentação das propostas, sendo que, no caso do pregão, este prazo não poderá ser inferior a oito dias úteis contados a partir da publicação do aviso de licitação, frisando que qualquer alteração no instrumento convocatório que afete a formulação das propostas ensejará a republicação do edital e a reabertura de novo prazo de, pelo menos, oito dias úteis para a apresentação das propostas.

Uma vez publicado, o edital poderá ser questionado, sendo que a impugnação é o ato pelo qual qualquer pessoa, licitante ou não, insurge-se contra o ato convocatório pleiteando a sua revisão por parte da Administração Pública, em controle da legalidade do edital. O pregoeiro analisará as cláusulas impugnadas e, entendendo procedentes as alegações do impugnante, deverá adiar a realização da licitação até que se corrijam as falhas detectadas.

Nos termos da regulamentação federal (Decretos Federais 3.555/2000, art. 12, e 5.450/2005, arts. 18 e 19) o prazo para impugnação é de até 2 dias úteis anteriores à data fixada para a abertura da sessão (no pregão eletrônico) ou da data fixada para a entrega das propostas (no pregão presencial).

A regulamentação acima mencionada, também estabelece a possibilidade de pedidos de esclarecimentos acerca das regras editalícias, no prazo de até três dias úteis anteriores à data fixada para abertura da sessão pública, exclusivamente por meio eletrônico, via internet, no caso de

pregão eletrônico e, tratando-se de pregão presencial, no prazo de até dois dias úteis antes da data fixada para o recebimento das propostas, na forma estabelecida pelo edital.

Os esclarecimentos prestados acerca das disposições do instrumento convocatório não geram, via de regra, necessidade de nova publicação e abertura de prazos, a não ser que o referido esclarecimento altere a leitura de uma ou mais cláusulas a ponto de modificar a sua interpretação, afetando a formulação das futuras propostas ou a participação de interessados.

É atribuição do pregoeiro examinar as impugnações e prestar esclarecimentos, sendo que os decretos federais, acima citados, lhe conferem prazo de 24 horas, contadas do recebimento do pedido de esclarecimentos ou da impugnação, para proferir sua decisão ou apresentar a resposta aos questionamentos.

Sanadas as dúvidas e solucionadas as impugnações, no dia, hora e local designados no edital, será realizada sessão pública para recebimento das propostas e da documentação de habilitação, devendo o interessado ou seu representante legal proceder ao respectivo credenciamento, comprovando, se for o caso, possuir os necessários poderes para formulação de propostas e para a prática de todos os demais atos inerentes ao certame, como fazer questionamentos em nome da licitante, assinar atas, interpor recursos, dentre outros atos pertinentes ao procedimento.

Concluído o credenciamento, o pregoeiro, assistido pela equipe de apoio, procederá a imediata abertura dos envelopes com as propostas comerciais e verificará a conformidade destas com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório e classificará as propostas em conformidade e desclassificará aquelas que estiverem em desacordo com as regras editalícias, sendo este o primeiro crivo realizado no conteúdo da proposta. , no qual serão verificados requisitos formais solicitados pelo edital. Segundo Marcelo Palaveri, esse é “um dos momentos mais importantes do procedimento do pregão, no qual o pregoeiro deve ater-se a detalhes do objeto proposto para aferir se suas características se coadunam como o solicitado pelo edital”¹³.

Se necessário, o pregoeiro poderá solicitar pareceres técnicos e realizar diligências para certificar-se da conformidade da proposta com as regras do instrumento convocatório. Ademais disso, o pregoeiro deverá possibilitar que todos licitantes presentes tenham acesso e examinem as propostas escritas apresentadas pelos outros participantes.

Será aceitável a proposta que oferecer o produto ou o serviço a preço que se encontra dentro dos padrões praticados no mercado, e cujo

13. PALAVERI, Marcelo. *Pregão nas Licitações Municipais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 73.

objeto corresponda às exigências editalícias. A desclassificação da proposta comercial nessa fase preliminar é feita na sessão pública, registrando-se de forma suscita o motivo. Não há previsão de recurso específico para essa fase do pregão, pois a oportunidade de recorrer das decisões do pregoeiro apenas será concedida depois de concluída a habilitação do licitante que for vencedor da fase de lances.

Ordenadas as propostas classificadas, passa-se à etapa dos lances verbais, da qual apenas participarão os licitantes selecionados da na forma do art. 4º, incisos VIII e XIX, da Lei 10.520/2002, que estabelece que no curso da sessão, o autor da oferta de valor mais baixo e os das ofertas com preços até dez por cento superiores àquela poderão fazer novos lances verbais e sucessivos, até a proclamação do vencedor. Não havendo pelo menos três ofertas nestas condições, poderão os autores das melhores propostas, até o máximo de três, oferecer novos lances verbais e sucessivos, quaisquer que sejam os preços oferecidos.

Terminada a primeira rodada de lances, deverá o pregoeiro reclassificar os licitantes e iniciar uma nova rodada, chamando os licitantes para verbalmente apresentarem novas ofertas, sempre na ordem decrescente, até que todos os licitantes declinem do direito de apresentar lances ou se esgote o tempo que tenha sido estabelecido para essa etapa. Os lances serão verbais, formulados de forma sucessiva, em valores decrescentes e distintos, podendo o edital estabelecer qual o intervalo mínimo de valor entre as ofertas verbais e ser permitida a comunicação entre os representantes e as empresas representadas, a fim de facilitar e ampliar a oferta de lances.

Após o encerramento da fase de lances verbais, caberá ao pregoeiro analisar todas as propostas comerciais (inclusive as propostas dos licitantes que não participaram da fase de lances) e realizar a classificação final. Para julgamento e classificação das propostas, será adotado o critério de menor preço, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e os parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital.

Examinada a proposta classificada em primeiro lugar, quanto ao objeto e valor, caberá ao pregoeiro decidir motivadamente a respeito da sua aceitabilidade (art. 4º, XI da Lei nº 10.520/2002), levando em conta o valor estimado da contratação na aferição de sua exequibilidade, ou seja, sua viabilidade econômica. As propostas apresentadas possuem prazo de validade fixado no edital, sendo esse omissivo valerá a regra fixada pela Lei 8.666/93, que é de 60 dias.

De acordo com o art. 4º, XVII, da Lei nº 10.520/2002, uma vez concluída a definição quanto à aceitabilidade da proposta, ainda poderá o pregoeiro promover negociação com o proponente, antes de declará-lo vencedor, com objetivo que obter um melhor preço.

Convém ainda frisar que as Microempresas – ME e as Empresas de Pequeno Porte - EPP, conforme determinam os artigos 42, 43, 44 e 45 da Lei Complementar nº 123/2006, devem ser tratadas de forma diferenciada e favorecida nas licitações públicas, inclusive nos pregões.

A referida Lei Complementar criou uma presunção de empate nos pregões quando as propostas apresentadas por tais empresas estiverem com valor até 5% superior àquela de melhor preço. Ocorrendo essa situação de presunção de empate, as Microempresas e as Empresas de Pequeno Porte poderão cobrir a proposta da empresa, não enquadrada nessa condição, que inicialmente venceu a etapa de lances, no intuito de incentivar o desenvolvimento dessas empresas, que possuem um papel relevante na economia nacional, sobretudo ao objetivo de pleno emprego.

Dessa forma, conhecido o vencedor da fase de lances, será iniciada a análise de sua habilitação, nos moldes do art. 4º, XII, da Lei 10.520/2002. Encerrada a etapa competitiva e ordenadas as ofertas, o pregoeiro procederá à abertura do envelope contendo os documentos de habilitação apenas do licitante que apresentou a melhor proposta, para verificação do atendimento das condições fixadas. Nessa fase, para agilizar, o procedimento é utilizado, no âmbito federal, o SICAF – Sistema Unificado de Cadastro de Fornecedores - que é um registro da Administração Federal que tem por finalidade cadastrar e previamente habilitar (total ou parcialmente) os interessados em licitar e contratar com o Poder Público Federal.

Conforme dispõe o inciso XIII, da Lei 10.520/2002, a habilitação far-se-á com a verificação de que o licitante está em situação regular perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, e as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso, com a comprovação de que atende às exigências do edital quanto à habilitação jurídica e qualificações técnica e econômico-financeira. Verificado o atendimento das exigências habilitatórias fixadas no edital, o licitante será declarado vencedor pelo pregoeiro.

Entretanto, se a oferta não for aceitável ou se o licitante desatender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará as ofertas subsequentes e a qualificação dos licitantes, na ordem de classificação, e assim sucessivamente, até a apuração de uma que atenda ao edital, sendo o respectivo licitante declarado vencedor (art. 4º, XVI, da Lei 10.520/2002). Porém, em se tratando

de licitante enquadrada como Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte, eventuais restrições na documentação relacionada à regularidade fiscal não a inabilitará, posto que o licitante vencedor, enquadrado nessa condição, poderá comprovar a sua regularidade fiscal posteriormente, num prazo de 5 dias, prorrogáveis, a critério da Administração por mais 5 dias.

Sendo habilitado o licitante declarado vencedor, deverá ser aberta, nos termos do art. 4º, XVIII da Lei 10.520/2002, a oportunidade para que os demais licitantes manifestem, de forma motivada, quanto à intenção de interpor recurso administrativo. Manifestado tal interesse, ainda que de maneira sintética, deverá ser concedido o prazo de três dias úteis, para apresentação das razões de recurso, ficando os demais licitantes, desde logo, intimados para apresentar contra-razões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos.

Constata-se do procedimento que a fase recursal é unificada, sendo o único momento adequado para insurgir-se contra qualquer decisão do pregoeiro efetivada no decorrer das etapas do pregão, quer no tocante às propostas de preços, quer no que atina à habilitação e a intenção de apresentá-lo deve ser manifestada na sessão, sob pena do licitante decair do direito de recorrer (art. 4º, XX, da lei 10.520/2002) e ser adjudicado o objeto ao licitante declarado vencedor.

Os eventuais recursos serão julgados pela autoridade superior, ante a natureza hierárquica do apelo e seu provimento importará na invalidação apenas dos atos insuscetíveis de aproveitamento.

Julgado de forma definitiva o pregão sem que ocorra a interposição de recurso, caberá ao pregoeiro adjudicar o objeto ao vencedor e lavrar a ata circunstanciada da sessão pública (art. 4º, XX da Lei 10520/2002). Em havendo recurso, a adjudicação será efetuada pela autoridade superior após a apreciação dos mesmos (art. 4º, XX, da Lei 10520/2002).

Em seguida o procedimento será submetido à homologação, ato de competência exclusiva da autoridade superior, tem por escopo expressar a concordância, dessa autoridade com o procedimento licitatório conduzido pelo pregoeiro, que poderá decidir pela homologação, pela devolução dos autos do processo ao pregoeiro para sanar eventuais vícios, pela anulação total ou parcial do certame ou pela revogação da licitação ante a constatação de sua inconveniência.

Realizada a homologação da licitação pela autoridade superior, o adjudicatário será convocado para assinar o contrato, no prazo definido pelo edital, devendo, ainda, estar cumprindo as mesmas condições de habilitação.

Esta diretriz, para a área federal, está inscrita no inciso XXI do artigo 11 do Decreto Federal nº 3.555/2000 e na hipótese de o adjudicatário recusar-se a assinar o contrato, convocar-se-á outro licitante, com observância da ordem de classificação, sucessivamente, conforme procedimento previsto no inciso XVI, do artigo 4º da Lei nº 10.520/2002, mesma regra será aplicada se o licitante vencedor não estiver em situação regular no ato da assinatura do contrato, sem prejuízo das sanções cabíveis.

4 PROCEDIMENTO DO PREGÃO ELETRÔNICO

O pregão eletrônico realiza-se com a utilização de recursos de tecnologia da informação. A Lei nº 10.520/2002, acompanhando as conquistas científicas e tecnológicas das últimas décadas, propicia à Administração dos três níveis de Governo e do Distrito Federal a utilização dos recursos da tecnologia da informação e de ferramentas mais modernas e céleres, em consonância com os princípios maiores da presteza, desburocratização e eficiência, na forma de regulamentação específica que, no âmbito federal, é o Decreto nº 5.450/2005.

O procedimento do pregão eletrônico se dá sem a presença física dos licitantes, do pregoeiro e da equipe de apoio, que se conectam remota e eletronicamente, mediante acesso ao site da internet utilizado como plataforma para disputa. Contudo, no tocante aos seus aspectos gerais, o procedimento do pregão eletrônico é bastante similar ao do presencial, sendo que as particularidades e diferenças mais significantes encontram-se nas fases de credenciamento dos licitantes, de apresentação das propostas e de formulação e computo dos lances,

A utilização do pregão eletrônico no âmbito dos Estados e Municípios foi expressamente admitida pela Lei nº 10.520/2002, que dispõe sobre a possibilidade de ser realizado o pregão por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação, sendo, ainda, facultada, nos termos de regulamentos próprios da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, utilização de bolsas de mercadorias, organizadas sob a forma de sociedades civis sem fins lucrativos e com a participação plural de corretoras que operem sistemas eletrônicos unificados de pregões, para o apoio técnico e operacional aos órgãos e entidades promotores da modalidade de pregão, utilizando-se de recursos de tecnologia da informação.

Contudo, em que pese o processamento licitatório ser eletrônico:

os atos essenciais, mesmo que realizados eletronicamente, devem ser autuados e formalizados no respectivo processo, o que, além de propiciar o controle e a função de auditoria,

é indispensável à observância do princípio da publicidade¹⁴.

O pregão eletrônico tem como características básicas a ausência de uma sessão solene física, a inexistência de envelopes contendo os documentos de habilitação e as propostas, não sendo realizados lances verbais, da forma como no pregão presencial, sendo que o núcleo das atividades competitivas dessa espécie licitatória desenvolve-se em ambiente digital com a utilização da rede mundial de computadores.

O sistema utilizado para realizar o certame deve utilizar recursos de criptografia e de autenticação que assegurem condições adequadas de segurança em todas as etapas da disputa, como chaves de identificação e senhas. A participação no pregão eletrônico ocorre por meio da digitação da senha privativa do licitante e subsequente encaminhamento de proposta de preço, em data e horário previstos no edital, exclusivamente por meio do sistema eletrônico.

Além das mesmas medidas preparatórias adotadas na fase interna do pregão presencial, a autoridade competente, o pregoeiro e a equipe de apoio deverão se credenciar junto ao portal da internet onde se realizará disputa eletrônica, devendo ainda ser providenciada a disponibilização do edital perante o provedor do sistema eletrônico. Esse credenciamento constitui-se na atribuição de chave de identificação e de senha, pessoal e intransferível, para acesso ao sistema eletrônico utilizado para a disputa virtual.

A fase externa do pregão, na forma eletrônica, será iniciada com a convocação dos interessados por meio de publicação de aviso, observados os valores estimados para contratação e os meios de divulgação indicados no regulamento. No aviso de licitação e no edital deverá constar o endereço eletrônico onde ocorrerá a sessão pública, a data e hora de sua realização e a indicação de que o pregão será realizado por meio de sistema eletrônico, sendo que o prazo para apresentação das propostas também será de, no mínimo, oito dias úteis contados a partir da publicação do aviso.

Os órgãos e as entidades federais integrantes do Sistema de Serviços Gerais (SISG), sistema que organiza a gestão das atividades de serviços gerais, compreendendo licitações, contratações, transportes, comunicações administrativas, documentação, entre outras atividades, devem obrigatoriamente divulgar os avisos de licitação, disponibilizar o edital e realizar o certame no sítio “Comprasnet”. Os demais órgãos e entidades podem ter seus próprios sistemas de pregão eletrônico, utilizar os de outros órgãos ou, ainda, contratar bolsas de mercadorias.

14. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas: 2016. p. 262/263.

Vale ressaltar que para o acesso à disputa eletrônica é necessário que os interessados também se credenciem previamente junto à plataforma do sistema eletrônico que promoverá o pregão, para obtenção da chave de identificação e da senha de acesso, sendo que em se tratando de pregões eletrônicos de órgãos federais:

O Comprasnet é a plataforma para operar processos eletrônicos de aquisições e disponibilizar informações referentes às licitações e contratações promovidas pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional. No sítio podem ser consultados editais e atas e acompanhadas as licitações pela sociedade. São também disponibilizados os manuais, a legislação pertinente, o cadastro de fornecedores, dentre outras¹⁵.

Realizada a divulgação do edital no endereço eletrônico, os licitantes deverão encaminhar proposta com a descrição do objeto ofertado e o preço e, se for o caso, o respectivo anexo, até a data e hora marcadas para abertura da sessão, exclusivamente por meio do sistema eletrônico, quando, então, encerrar-se-á, automaticamente, a fase de recebimento de propostas.

A participação na sessão virtual do pregão eletrônico dar-se-á pela utilização da senha privativa do licitante, devendo o licitante manifestar, em campo próprio do sistema eletrônico, que cumpre plenamente os requisitos de habilitação e que sua proposta está em conformidade com as exigências do instrumento convocatório.

A partir do horário previsto no edital, dar-se-á início à sessão pública do pregão eletrônico, por um comando do pregoeiro com a utilização de sua senha. Divulgam-se as propostas de preço recebidas, sendo classificadas as que se apresentarem em perfeita consonância com as especificações e condições de fornecimento detalhadas pelo edital.

O recebimento das propostas de preço ocorre desde a divulgação do edital, até o momento que antecede o início da sessão e até a abertura da sessão, os licitantes poderão retirar ou substituir a propostas anteriormente apresentada, a qual será mantida em sigilo mediante utilização de recursos tecnológicos.

Igualmente como se dá no pregão presencial, após a classificação das propostas será aberta a etapa competitiva, os licitantes poderão encaminhar lances exclusivamente por meio do sistema eletrônico, sendo o licitante

15. BRASIL. Ministério do Planejamento Desenvolvimento e Gestão. *Pregão eletrônico gera economia de R\$ 48 bi nos últimos cinco anos*. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/assuntos/logistica-e-tecnologia-da-informacao/noticias/pregao-eletronico-gera-economia-de-r-48-bi-nos-ultimos-cinco-anos>. Acesso em 29/09/2018.

imediatamente informado do seu recebimento e respectivo horário de registro e valor.

Verifica-se assim, que no pregão eletrônico tanto a proposta de preços e como os lances são escritos, ou seja, digitados pelo licitante, possuidor de senha e chave de acesso, no sistema que gerencia o certame digital. Ao licitante deverá ainda ser disponibilizada oportunidade para o oferecimento de novos lances, menores e sucessivos, observado o horário fixado e as regras de aceitação dos mesmos, conforme fixado no instrumento convocatório. Porém, vale mencionar que o artigo 24, § 3º, do Decreto Federal nº 5.450/2005 possibilita que os licitantes apresentem novos lances inferiores ao que por eles já foram apresentados, mesmo que sejam superiores ao menor lance registrado no sistema. Não serão aceitos dois ou mais lances de mesmo valor. Nesta hipótese, deverá prevalecer aquele que for recebido e registrado em primeiro lugar, de forma automática pelo sistema.

Durante o transcurso da sessão pública de disputa, os licitantes deverão ser informados em tempo real, acerca do valor do menor lance registrado pelo sistema, vedada a identificação dos ofertantes. Essa fase de lances deverá encerrar-se mediante aviso de fechamento iminente dos lances, emitido pelo sistema eletrônico aos licitantes, iniciando-se, a partir de então, o tempo aleatório de encerramento (o chamado tempo randômico) de até 30 min, sobre o qual o pregoeiro não tem domínio, com intuito de os licitantes realizarem os seus lances finais e definitivos para vencer a disputa antes que o tempo definido aleatoriamente pelo sistema acabe, posto que:

Na etapa de lances do pregão, a Administração se utiliza do chamado tempo randômico, em que o sistema eletrônico avisa do encerramento iminente do certame, que ocorre geralmente de um segundo até trinta minutos. Ele serve para induzir os licitantes a darem mais lances, dado que se eles soubessem do exato momento de encerramento da disputa, daí iriam 'segurar' seus lances.¹⁶

Encerrada a fase de lances pelo sistema, o pregoeiro examinará a proposta classificada em primeiro lugar quanto à compatibilidade do preço em relação ao estimado pela Administração e verificará a habilitação do licitante conforme estabelecido no edital, mediante uso do SICAF e/ou documentos enviados pelo licitante vencedor por e-mail.

Se a proposta não for aceitável ou se o licitante não atender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará a proposta subsequente e, assim sucessivamente, na ordem de classificação, até a apuração de

16. NOHARA, Irene Patrícia. *Que empresas fazem uso de robôs para participar de licitações?* Disponível em: <https://direitoadm.com.br/uso-de-robos-em-licitacoes/> Acesso em 31/09/2018.

uma proposta que atenda ao edital, sendo que ainda nessa fase caberá ao pregoeiro negociar com o licitante para que seja obtido preço melhor e constatado o atendimento das exigências fixadas no edital, o licitante será declarado vencedor.

Declarado o vencedor, qualquer licitante poderá, durante a sessão pública virtual, de forma imediata e motivada, em campo próprio do sistema, manifestar a sua intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de três dias úteis para apresentação das suas razões de recurso, ficando os demais licitantes, desde logo, intimados para, querendo, apresentarem contrarrazões em igual prazo, que começará a contar do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos elementos indispensáveis à defesa dos seus interesses.

Assim como ocorre no pregão presencial, a falta de manifestação imediata e motivada do licitante quanto à intenção de recorrer, nos termos do *caput*, importará na decadência desse direito, ficando o pregoeiro autorizado a adjudicar o objeto ao licitante declarado vencedor.

Decididos os recursos e constatada a regularidade dos atos praticados, a autoridade competente adjudicará o objeto e homologará o procedimento licitatório, convocando posteriormente o adjudicatário para formalizar a contratação.

Para garantir confiabilidade e segurança à plataforma digital que propicia a realização do pregão eletrônico, devem ser utilizados e mantidos atualizados e em constante inovação os instrumentos tecnológicos de criptografia, autenticação, senha, chave de identificação, entre outras formas de proteção de dados disponíveis, para que os princípios norteadores das licitações públicas e a segurança jurídica do procedimento não sejam preservados. Conforme leciona Leon Frejda Szklarrowsky:

Atualmente, já contam os técnicos com inúmeras ferramentas e aperfeiçoam-se as já existentes, com o objetivo de salvaguardar a privacidade, a transparência, os direitos fundamentais do homem e oferecer confiabilidade, entre elas podemos citar: a Criptografia - é um conjunto de técnicas, para criptografar, cifrar, codizar a escrita tornando-a incompreensível, segundo normas estabelecidas num código ou numa cifra, e dificultar o acesso por pessoas estranhas a essas convenções; A Autenticação - que é o ato reconhecer como verdadeiro, legitimar juridicamente um ato e Senha - é a ação, palavra ou fórmula secreta, previamente ajustada, para ser usada como forma de reconhecimento.¹⁷

17. SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *Aspectos Polêmicos do pregão*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br>. Acesso em 29/09/2018.

Atualmente, além do desafio de garantir privacidade, segurança e estabilidade para as licitações realizadas em ambiente digital, a Administração Pública depara-se ainda com outro dilema: o uso de programas robôs, que são sistemas eletrônicos programados para o envio automático e contínuo de lances em frações de segundos.

O assunto do robô em licitação suscita muitas reações na área jurídica área jurídica. Há muitas nuances de reações, desde os que enxergam a prática do uso de software como crime, passando por aqueles que desejam que haja sua proibição expressa, como já ocorreu pelo Tribunal de Contas da União, e os que orientam a gestão a criar estratégias que coíba uma eventual vantagem competitiva daquele que usa do software (como será verificado da instrução normativa do Ministério do Planejamento).

Aqueles que consideram que o uso do robô em licitação configura crime se apoiam no art. 90 da Lei de Licitações, que criminaliza, com a pena de detenção de dois a quatro anos de multa, a seguinte conduta: “frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação”.

A redação abrangente do art. 90 da Lei Geral de Licitações e Contratos usa de noções muito abertas, sobretudo quando enfatiza que a frustração do caráter competitivo da licitação pode ocorrer por meio de “qualquer outro expediente”, além do ajuste ou combinação. Contudo, aqui há um exagero, *data venia*, na configuração do crime, pois há a necessidade de um dolo genérico, que seria a consciência de fraudar a licitação, acrescido de um dolo específico, consistente na obtenção da vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação.

Pode ocorrer, no entanto, de o licitante simplesmente desejar ter uma ferramenta eletrônica que o auxilie a alcançar maior agilidade no oferecimento dos lances, que, inclusive, se não forem mais baixos, não serão aptos a gerar a adjudicação final em seu favor. Hipótese em que sua intenção não é o de fraudar todo o certame para obter vantagem econômica ilícita.

Logo, conforme defendido,¹⁸ entende-se exagero a imputação de crime para circunstâncias em que um dado licitante usa do software como uma ferramenta digital que lhe permite alcançar maior agilidade na participação

18. Contraponto jurídico, em que tivemos oportunidade de expor argumentos contra a proibição, mas a favor da regulação, em contraposição ao entendimento de Ricardo Marcondes Martins, na obra: *Contraponto Jurídico: posicionamentos divergentes sobre grandes temas do Direito*. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

do procedimento do pregão digital, mas que sua intenção não seja fraudá-lo ou frustrá-lo.

A segunda reação, que também pode ser criticada, é a simples proibição do uso de software na licitação. Inclusive houve a elaboração do Projeto de Lei n. 1592/2011, que procurava proibir o uso, inclusive com sanção de suspensão de dois anos para os que utilizassem do mecanismo. Ele passou pela comissão de assuntos financeiros, que determinou que não é matéria com impacto financeiro para a gestão pública, e depois ficou parado na CCJ (Comissão de Constituição e Justiça). O Tribunal de Contas da União é no sentido de considerar o uso de robô em licitação como sendo uma irregularidade grave. Segundo acórdão 2603/2011, TC 014.474, de relatoria do Min. Valmir Campelo, “a utilização de software de lançamento automático de lances (robô) confere vantagem competitiva aos fornecedores que detêm a tecnologia em questão sobre os demais licitantes”. Então, o TCU orientou a Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do MPOG, que implementasse mecanismos inibidores do uso do robô, nos pregões conduzidos pelo portal Comprasnet.

Tendo em vista a necessidade de regular a licitação, a Instrução Normativa da (extinta) Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão n. 3 (IN SLTI/MP 3), de 2013, dispõe que, no art. 1º-A, que: “o instrumento convocatório poderá estabelecer intervalo mínimo de diferença de valores entre os lances, que incidirá tanto em relação aos lances intermediários quanto em relação à proposta que cobrir a melhor oferta”.

No art. 2º da IN SLTI/MP 3/2013, determina-se que: “na fase competitiva do pregão, em sua forma eletrônica, o intervalo entre os lances enviados pelo mesmo licitante não poderá ser inferior a vinte (20) segundos e o intervalo entre lances não poderá ser inferior a três (3) segundos”, sendo que os lances enviados em desacordo com tal determinação serão descartados automaticamente pelo sistema.

Note-se, contudo, que a tecnologia é plástica, pois há possibilidade de adaptação do software, desempenhando novas funções, sendo inclusive difícil de identificá-lo (o que é feito por via de efeitos, mas eles são capazes de se ocultar no sistema). Assim, mesmo com a edição dessa determinação, ainda houve questionamentos sobre se ela seria suficiente para coibir eventuais práticas que lesassem a isonomia. Por conta dessa circunstância, o Estado de São Paulo decidiu em vez de proibir, alterar o procedimento para que dê para os licitantes oferecerem seus lances posteriormente ao final do tempo randômico. Foi a prorrogação do randômico. A plataforma

de compras eletrônicas do Estado de São Paulo prorroga em três minutos a possibilidade de inserção dos lances, sendo contratado com aquele que, nesse prazo adicional, ofertar o menor preço, sem a necessidade de banir o robô.

Logo, entende-se solução mais razoável regular o uso do software, em vez de proibi-lo, dado que o avanço tecnológico e a utilização de novos meios digitais para auxiliar nas tarefas humanas será um caminho inexorável ao longo do século XXI. A sociedade avança e os novos aplicativos, softwares e meios digitais, por meio do uso de inteligência artificial, facilitam o dia a dia da sociedade, gerando mais precisão, economia de tempo e recursos.

Houve uma época, quando se aborda o histórico da corretagem da Bolsa de Valores, por exemplo, em que havia sessões com lances em viva voz, como no pregão presencial. Nos dias atuais, esses lances humanos já estão ultrapassados e as empresas de corretagem utilizam softwares em lugar dos lances de viva voz. As corretoras se utilizam de softwares por meio dos quais o operador já não precisa mais estar acompanhando no mesmo tempo as oscilações do mercado.

Portanto, os tempos atuais são de aceleração das conexões sociais, dado desenvolvimento tecnológico, sendo os processos digitais, os novos aplicativos, softwares ou robôs, as redes sociais, o whatsapp, a internet, os aplicativos utilizados para transporte individual de passageiros, novas realidades com as quais o Poder Público irá se deparar.

Toda organização procura fazer uso de tecnologia mais avançada, pois a tecnologia é imprescindível para dar conta de organizar dados, informações, gerir riscos e atuar de forma mais precisa e calculada, evitando o prejuízo por falhas de atenção que todos os seres humanos podem incorrer. Ainda, quem programa o software é o ser humano, sendo possível desenvolver o sistema para demandas concretas, o que gera a necessidade e de uma proximidade com os programadores digitais, sendo, portanto, mais equilibrado socialmente pensar em uma regulação proporcional do uso da tecnologia, para que não haja violação ao núcleo essencial do desenvolvimento de atividades econômicas, do que a trunculenta proibição, ainda mais diante do fato de que a Administração iria proibir algo do qual ela se utiliza também.

Outrossim, em vez da solução ultrapassada da proibição, melhor seria o estímulo estatal ao acesso de todos, em condições de maior igualdade, à tecnologia. O que não pode haver é apenas um licitante ter acesso ao uso do software, numa situação desregulada pela Administração Pública, dado que ele será o único capaz de vencer a licitação no tempo randômico. O ideal

é que haja atos normativos no sentido de prorrogar o tempo para permitir com que mais empresas deem seus lances até gerar a contratação mais vantajosa. Entretanto, reitera-se que não entendemos um caminho razoável barrar o uso de ferramentas tecnológicas, dado que o novo horizonte do projeto que pretende substituir a Lei Geral de Licitações e Contratos, conforme projeto 6.817/2017, é a inovação tecnológica como sendo um novo objetivo a ser acrescentado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, a propósito da homenagem ao jurista Toshio Mukai, verificou-se que o maior trunfo e a grande inovação do pregão foi conferir celeridade à licitação, estabelecendo prazos menores e procedimentos simplificados (inversão das fases de habilitação e julgamento de propostas, análise da documentação de habilitação apenas do vencedor do certame, unificação dos recursos). Tais características foram potencializadas por mais uma inovação: a possibilidade da modalidade ser realizada por meio da utilização de recursos da tecnologia da informação e da comunicação, possibilitando que o certame também ocorra em ambiente digital, incorporando, definitivamente, a internet e os avanços tecnológicos às contratações públicas.

O pregão trouxe, portanto, inovações que permitiram maior agilidade e racionalidade para os procedimentos licitatórios, servindo, inclusive, de paradigma para os regimes licitatórios peculiares, como o Regime Diferenciado de Contratações - RDC, estabelecido pela Lei 12.462/2011, as licitações das estatais, delineadas pela Lei 13.303/2016, bem como para o atual projeto de lei (PL 6814/17) que trata do novo marco legal para licitações e contratos administrativos, o qual, entre outras inspirações, consagra a inversão de fases do procedimento, ou seja, a análise da documentação de habilitação apenas do vencedor, e as licitações eletrônicas.

Além dos avanços no tocante à simplificação e racionalidade procedimental, houve ainda a confirmação da vantagem econômica do pregão, na medida a implementação e a difusão do pregão, notadamente o eletrônico para aquisições de bens e de serviços comuns geraram, conforme dados de 2015 do Ministério do Planejamento¹⁹ uma economia estimada em R\$ 48 bilhões aos cofres públicos nos últimos cinco anos, além de permitir

19. BRASIL. Ministério do Planejamento Desenvolvimento e Gestão. *Pregão eletrônico gera economia de R\$ 48 bi nos últimos cinco anos*. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/assuntos/logistica-e-tecnologia-da-informacao/noticias/pregao-eletronico-gera-economia-de-r-48-bi-nos-ultimos-cinco-anos>.

a verificação de superfaturamento, sendo que apenas nesse último ano 2015, a modalidade gerou uma economia de R\$ 7,9 bilhões e foi empregada em 33,8 mil processos licitatórios, com uma despesa de R\$ 37,8 bilhões.

Contudo, em eu pesem as festejadas e louváveis conquistas, há ainda desafios para equacionar a questão do avanço tecnológico com a estabilidade do uso de sistemas de informática, sendo a regulação do uso de software pelos licitantes por parte da Administração um desafio, para que não haja uma proibição irrazoável por parte do Poder Público, conforme visto.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Ministério do Planejamento Desenvolvimento e Gestão. Pregão eletrônico gera economia de R\$ 48 bi nos últimos cinco anos. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/assuntos/logistica-e-tecnologia-da-informacao/noticias/pregao-eletronico-gera-economia-de-r-48-bi-nos-ultimos-cinco-anos>.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Jurisprudência Seleccionada. Disponível em <https://contas.tcu.gov.br>.

_____. Acórdão nº 2601/11. Plenário, TC-014.474/11-5, Rel. min. Valmir Campelo, 28/09/11. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu>.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo - 30 ed. São Paulo: Atlas: 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 29 ed. São Paulo: Forense, 2016.

EQUIPE RT. Contraponto jurídico: Posicionamentos divergentes sobre grandes temas do Direito. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

JUSTEN Filho, Marçal. Pregão. Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 6 ed. São Paulo: Dialética, 2013.

_____. Comentários à Lei de licitações e Contratos Administrativos. 17ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

JACOBY, Jorge Ulisses Fernandes. Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial e Eletrônico. 6 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

LOPES, Leopoldo Fernandes da Silva. Pregões eletrônicos e o uso de robôs: utilidade ou ilegalidade? Disponível em: <https://www.migalhas.com.br>.

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

MORAES, Diego Herrera Alves de. LAGO, Lidiane Neiva Martin. Avanços e retrocessos dos oito anos de existência do pregão. Análise da evolução histórico-legislativa do pregão. Disponível em <https://www.migalhas.com.br>.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Eficácia nas Licitações e Contratos. 12 ed, Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

MUKAI, Toshio. Licitações e Contratos Públicos. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Direito Administrativo Sistematizado. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

_____, Que empresas fazem uso de robôs para participar de licitações? Disponível em: <https://direitoadm.com.br/uso-de-robos-em-licitacoes/>.

PALVERI, Marcelo. Pregão nas Licitações Municipais. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PEREIRA Junior, Jessé Torres. Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública. 17 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

SANTANA, Jair Eduardo. Pregão Presencial e Eletrônico - Manual de Implantação, Operacionalização e Controle. 4 ed. Belo Horizonte: Editora Fórum: 2014.

SCARPINELLA, Vera. Licitação na Modalidade de Pregão. Coleção Temas de Direito Administrativo. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Aspectos Polêmicos do pregão. Disponível em:<http://www.egov.ufsc.br>.

CAPÍTULO 24

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: RAZÕES SOCIOLÓGICAS

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO

Mestre em Direito (UFRJ); Professor-palestrante da EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro; Ex-professor da UERJ – Universidade do Estado do Rio de Janeiro e da Universidade Federal Fluminense. Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (aposentado); Consultor Jurídico do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (2009/2012).

INTRODUÇÃO

O grande número de escândalos que têm assolado governos e autoridades, noticiados diuturnamente pelos diversos órgãos de divulgação, para conhecimento de uma população, perplexa, estupefata e revoltada, conduz necessariamente à avaliação das causas que os mobilizaram.

Estudiosos dotados de maior acuidade, isentos de paixões ou ideologias, mas com grande percepção científica, não se mostram, contudo, tão surpreendidos com tais ocorrências, sobretudo porque se amparam em fatores não eminentemente jurídicos, mas sociológicos, no âmbito dos quais é possível chegar, ao menos, a certas conclusões que justificam comportamentos tão distanciados dos preceitos éticos.

Não à toa, a literatura tem focado esse aspecto fundamental – a formação social de nosso povo – sem esquecer os efeitos dela derivados, como, por exemplo, o caráter do brasileiro. Apenas à guisa de exemplo, lembra-se aqui o clássico personagem de Macunaíma, protagonista da obra de Mário de Andrade (1928), “o herói sem caráter”, através do qual o autor modernista dissecou, com rara sensibilidade, o sentimento social de nossos

nativos e oferece uma reflexão crítica sobre a personalidade do homem brasileiro.

A verdade é que tal sucessão de fatos que atentam contra os mais comezinhos princípios éticos tem atormentado a sociedade em geral, contaminando-a com um grande sentimento de descrédito nas instituições e, por que não dizer, de vergonha por algo que parece não ter conserto.

O escopo do presente trabalho é tão somente oferecer, de modo resumido, algumas reflexões sobre a irradiação de efeitos da Sociologia sobre nossa média social relativamente aos *standards* éticos que têm, há séculos, dominado grande parte de nossa sociedade.

1 ELEMENTOS JURÍDICOS: QUADRO NORMATIVO

Não obstante a força dos efeitos sociológicos sobre o comportamento ético da sociedade, é inegável lembrar que o Direito faz seu papel no tocante ao enfrentamento das ilegalidades, destacando-se aquelas que retratam hipóteses de corrupção, organização criminosa, lavagem de dinheiro e várias outras condutas conexas a tais ilícitos.

O enfrentamento inicia-se pela disciplina constitucional. No estudo da construção normativa da Constituição, vários são os elementos que mobilizam a formação das ideias que se convertem em normas, revestindo-se de diversa natureza. Desse modo, as normas são influenciadas por fatores econômicos, políticos, sociais, históricos, consuetudinários, sociológicos e tantos outros que permeiam o sistema. A concepção estrutural da Constituição não envolve a norma pura, mas a norma “em sua conexão com a realidade social”.¹

Já tivemos a oportunidade de consignar, em obra de nossa autoria, que as Constituições mais antigas não se referiram à proteção da moralidade e da ética. Foi a Constituição de 1946 que, primeiramente, tratou do tema com o perfil do que hoje dispõe a vigente Constituição. Na parte final do art. 141, § 31, dispunha essa Carta: “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”.²

Observe-se que a menção ao “enriquecimento ilícito” e ao “abuso de cargo ou função pública” refletiu, sem dúvida, a preocupação do então Constituinte com o respeito à ética e aos princípios morais que devem reger

1. SILVA, José Afonso, *Direito constitucional positivo*. São Paulo: Editora Malheiros, 2002, p. 39.

2. CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Editora Gen/Atlas, 2018, p. 1.146.

a Administração Pública. Entretanto, é forçoso reconhecer, tal mandamento não se revestiu de eficácia, permanecendo como mero postulado de exortação, sem, contudo, irradiar efeitos de contenção contra a doença da corrupção e o hábito da má-fé. Posteriormente, a Constituição de 1967 repetiu a referência (art. 150, § 11) e o mesmo fez a Emenda Constitucional 1/69 que alterou essa Carta (art. 153, § 11).

Se tais Constituições tiveram o cuidado de aludir ao tema, a Constituição de 1988 deixou transparecer em várias passagens que não bastaria a mera exortação de respeito à moralidade, mas, ao contrário, revelava-se imprescindível que a sociedade conhecesse os diversos setores em que o princípio da ética teria papel mais relevante. Com isso, além de insculpir, no art. 37, *caput*, a moralidade como princípio fundamental da Administração, dispersou nas linhas de alguns capítulos a apreensão e a agonia indicativas de que o Constituinte não desconhecia o comportamento habitual antiético que há séculos aflige o grupo social.

Não satisfeito em incluir a moralidade como princípio fundamental, o Constituinte avançou e desenhou o foco direto na proteção à Administração Pública, estabelecendo no 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”.

O enfrentamento inspirador desse dispositivo foi além do delineamento trazido pelas Cartas precedentes. Primeiramente, estas não aludiam à “improbidade administrativa” e, depois, não previam as sanções de perda do cargo ou suspensão dos direitos políticos como integrantes do sistema punitivo nas hipóteses de atos de improbidade praticados contra a Administração. O âmbito valorativo da improbidade administrativa, portanto, “ganhou corpo efetivamente com a Constituição de 1988”.³

A preocupação do Constituinte com a ética permeia uma série de normas da Constituição. No art. 5º, LXXIII, garante-se a qualquer cidadão legitimidade para a propositura de ação popular com o fim de anular ato lesivo, entre outras lesões, à moralidade administrativa. Já o art. 129, III, prevê, como função do Ministério Público, a propositura de ação civil pública para a proteção de interesses difusos e coletivos, no âmbito dos quais se situa, obviamente, o direito à probidade na Administração.

Outros dispositivos também apresentam, como pano de fundo, a proteção à ética administrativa. Um deles é a exigência de licitação pública

3. DECOMAIN, Pedro Roberto, *Improbidade administrativa*. São Paulo, Editora Dialética, 2007, p. 20.

como procedimento seletivo compulsoriamente precedente à celebração de contratos administrativos, com algumas ressalvas admitidas na lei (art. 37, XXI). Para Sérgio de Andréa Ferreira, a licitação obedece ao princípio da moralidade administrativa.⁴ Na clássica anotação de Hely Lopes Meirelles, o certame “atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos”.⁵

A hipótese da licitação configurou apenas um exemplo. Mas há outros. Quem analisar as normas relativas à obrigatoriedade da realização de concurso público antes da investidura em cargo, emprego ou função pública (art. 37, II); ao controle dos Tribunais de Contas (arts. 70 e 71); à inelegibilidade para o exercício de função política (art. 14, § 9º); e ao cometimento de crime de responsabilidade pelo Presidente da República (art. 85, V), entre outras, com certeza haverá de vislumbrar, nos bastidores dessas normas, a proteção ao princípio da probidade e a angústia do Constituinte quanto ao inaceitável hábito de burlar a lei para a obtenção de vantagens.

A legislação instituída com base nas Constituições anteriores insere-se naquelas em que o brasileiro conclui que “não pegou”. De fato, as Leis nºs 3.164, de 1.6.1957, cognominada de Lei Pitombo-Godói Ilha, e 3.502, de 21.12.1958, conhecida como Lei Bilac Pinto, não tiveram a força coercitiva desejada. Pode até mesmo afirmar-se que, na prática, foram ignoradas, inaplicadas e sequer comentadas por especialistas, sugerindo a ideia de que a lei estava presente, mas não era para ser aplicada.

Para regulamentar o art. 37, § 4º, da CF, foi editada a Lei nº 8.429, de 2.6.1992 – a Lei de Improbidade Administrativa (LIA) – que irradia seus efeitos justamente sobre condutas de improbidade praticadas contra a Administração Pública. Esse diploma procurou oferecer uma disciplina o mais minuciosa possível, com escora em cinco pontos básicos: a) o sujeito ativo da improbidade; b) o sujeito passivo; c) a tipologia de improbidade; d) as sanções; e) os processos administrativo e judicial de apuração das hipóteses de improbidade.

Cabe, neste passo, uma observação sobre a abrangência da LIA, que, apesar de qualificar a improbidade como “administrativa”, vai além dos limites concernentes à Administração Pública direta e indireta. Para exemplificar, os sujeitos passivos não se cingem a órgãos e pessoas administrativas, mas estendem-se a pessoas do setor privado que guardem

4. FERREIRA, Sérgio de Andréa, *Direito administrativo didático*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1985, p. 212.

5. MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo, Editora Malheiros, 2013, p. 290.

vinculação financeira com a Administração (art. 1º). Significa dizer que uma entidade privada não integrante do sistema da Administração pode enquadrar-se como sujeito passivo da improbidade, caso receba recursos públicos. Correta, pois, a observação de que a norma “dilata seu raio de abrangência para colher em suas malhas também entidades que recebem do Estado ‘benefícios’ que especifica”.⁶

Por outro lado, a lei ofereceu um conceito amplo para os agentes públicos, ou seja, aqueles cuja conduta se enquadra nos tipos da LIA. De acordo com o art. 2º da lei, incluem-se nessa extensa categoria de servidores, ocupantes de funções públicas, detentores de mandato eletivo, agentes nomeados e designados para funções não remuneradas e, enfim, todo aquele que mantenha um vínculo jurídico, definitivo ou transitório, com o Poder Público.

Além disso, equiparou a tais agentes os empregados das entidades do setor privado enquadradas na proteção contra a improbidade, e mais, considerou também responsáveis por atos de improbidade aqueles que induziram ou concorreram para a prática dos atos, ou que deles se beneficiaram, isto é, agentes que se qualificam como “terceiros” (art. 3º). Como o reconhecem os estudiosos, essa extensão representa um avanço na repressão contra a improbidade, já que esses agentes não eram incluídos na categoria dos responsáveis pela legislação anterior.⁷

Os tipos de improbidade estão alinhados nos arts. 9º a 11 da LIA, sendo subdivididos em quatro categorias: a) atos que implicam enriquecimento ilícito; b) atos que provocam lesão ao erário; c) atos de concessão ou aplicação indevida de benefício tributário ou financeiro; e d) atos que ofendem princípios administrativos. Além do tipo genérico contido no *caput* dos artigos, o legislador ainda inseriu uma ampla lista de condutas de caráter exemplificativo, com o objetivo de facilitar a identificação da conduta de improbidade para absorção pelo tipo legal.

As sanções são variadíssimas e têm previsão no art. 12, incisos I a IV, da LIA. Há sanções de caráter político, administrativo, funcional e cível, indicando uma heterogeneidade que, em alguns momentos, dificulta sua aplicação diante da grande variedade de condutas.

Por fim, a lei oferece os lineamentos dos processos administrativo e judicial de apuração da improbidade, inclusive com a participação do Ministério Público, que, aliás, exerce papel fundamental nesse tipo de

6. FIGUEIREDO, Marcelo, *Probidade administrativa*. São Paulo: Editora Malheiros, 2004, p. 48.

7. NEVES, Daniel Amorim Assumpção, e OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende, *Manual de improbidade administrativa*. São Paulo, Editora Gen/Método, 2012, p.68.

enfrentamento – fato, diga-se de passagem, reconhecido pela sociedade em geral e pelo intenso noticiário a respeito oriundo da mídia.

Vale a pena, ainda, aduzir que, além da Lei de Improbidade, há toda uma legislação que, de alguma forma, visa coibir a prática de improbidade na Administração e exortar ao cumprimento do princípio da moralidade. A Lei nº 7.347/1985 regula a ação civil pública, ao passo que a Lei nº 4.717/1965 disciplina a ação popular. Por sua vez, a Lei nº 8.730/93 impõe a declaração de bens de servidores federais. A Lei Complementar nº 101/2000 trata da responsabilidade na gestão fiscal e a Lei Complementar nº 105/2001 cuida do sigilo das operações de instituições financeiras.

Como se pode observar, o quadro normativo constitucional e infraconstitucional voltado para a proteção da probidade na Administração revela-se bastante consistente, não só pela definição dos comportamentos ilícitos que configuram a improbidade, como pelo regime punitivo que, aplicado com seriedade nos termos do que dispõe a LIA, poderia retratar um fator inibitório contra a irrefreável corrupção.

Por que trouxemos à tona todos esses elementos jurídicos? A finalidade foi a de demonstrar que, a despeito de toda essa legislação e de todos os mandamentos constitucionais que, de alguma forma, envolvem o enfrentamento contra a improbidade, não houve, até o momento, resultados positivos, nem decréscimo de atos de improbidade, nem blindagem contra a desenfreada corrupção.

Por isso, em nosso entender, cumpre analisar aspectos não jurídicos, no caso os aspectos sociológicos que não podem ser descartados quando se trata de ética social.

2 ELEMENTOS SOCIOLOGICOS

Do ângulo sociológico, poucos estudiosos retrataram com tanta fidelidade os valores que inspiram os indivíduos, sobretudo quando integram os órgãos governamentais. Sérgio Buarque de Holanda, em sua clássica obra “Raízes do Brasil”, explica que os funcionários nunca souberam distinguir, com clareza, os domínios público e privado, possibilitando, não raras vezes, que o interesse público seja tratado como interesse privado, demonstração de ganância e desonestidade.⁸

Para esse tipo de gestor, denominado pelo grande sociólogo de “funcionário patrimonial”, “a própria gestão política apresenta-se como

8. HOLANDA, Sérgio Buarque de, *Raízes do Brasil*. São Paulo, Editora Companhia das Letras, 2012, p. 146.

assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles auferem relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos, como sucede no verdadeiro Estado burocrático, em que prevalecem a especialização das funções e o esforço para se assegurarem garantias jurídicas aos cidadãos” – no que reproduz observações de Max Weber sobre comportamentos dessa natureza.⁹

É exatamente em tal cenário que o autor desenha o brasileiro como “homem cordial” – não porque seja gentil e amável, como realmente é na maioria das vezes -, mas sim porque elege o coração (*cor, cordis*, em latim) como protagonista em relação à razão e, dessa maneira, afasta mais facilmente os valores éticos que devem inspirar sua conduta quando no exercício de funções públicas.

Alguns analistas repudiam a explicação, mas a maioria não hesita em apontar nossa formação social e nossa própria cultura como elementos que incentivaram a prática de condutas despidas de ética e honestidade. Somos vítimas atuais de uma cultura que se desenvolveu por séculos e por gerações, segundo a qual o patrimonialismo é o alvo principal da vida e em que os indivíduos estão sempre avidamente buscando levar vantagem em tudo.

Esse subdesenvolvimento cultural conduz a várias inversões de valores. Uma delas é considerar justa e razoável a conduta quando o ímprobo é o próprio indivíduo, mas julgá-la condenável quando perpetrada por terceiro. Em outras palavras, sempre desculpamos a nós mesmos pela prática da desonestidade, mas não perdoamos se cometida pelos outros. É o efeito bifacial do sentimento arraigado da antiética.

Outra inversão de valores se situa no efeito da continuidade e generalidade das práticas desonestas. Sociologicamente, à medida que se difundem tais práticas, acaba por surgir uma desvalorização ética, vale dizer, aquele comportamento que antes era criticável passa a ser aceito como normal, abrindo-se uma brecha para justificar a própria conduta do ímprobo.

O certo é que a improbidade social tem seu nascedouro nas relações privadas da sociedade. Os indivíduos agem à espreita para a obtenção de vantagens indevidas, ainda que à custa de algum prejuízo material ou moral causado a outrem. O patrimonialismo da sociedade repousa na premissa de que, antes de atrelamento a valores éticos, deve prevalecer o propósito de aumentar vantagens e garantir mais pecúnia. Nesse aspecto, o indivíduo busca o *status* de argenteário.

9. Idem, *ibidem*.

A improbidade administrativa, assim considerada aquela que provém de comportamentos imorais nos quadros da Administração Pública, ou em decorrência da relação de particulares com autoridades governamentais, situa-se como corolário da ética social. Na verdade, reflete como que o espelho dos valores sociais. Por isso, é inevitável concluir que a ética na Administração é diretamente proporcional à ética social. Não há administração pública ética se a sociedade não tem ética. E vice-versa.

Assim como ocorre com as doenças contagiosas, a desonestidade contamina gradativamente os vários setores sociais, públicos ou privados, e se difunde nos vários órgãos governamentais, seja qual for a função que o sistema republicano lhes destine. Executivo, Legislativo, Judiciário e, inclusive, o Ministério Público e os Tribunais de Contas, não escapam desse contágio, algo comprovado pelas constantes notícias de fraudes e ilícitudes cometidas no âmbito desses poderes.

É evidente que cultura dessa natureza, com profundas raízes sociais, não se transforma do dia para a noite. Nem facilmente. A mentalidade consolidada à base do patrimonialismo e da busca de vantagens, quase sempre ilícitas ou imorais, não se desfaz em minutos, mas, ao contrário, demanda grande e séria transformação dos valores éticos que inspiram as relações sociais.

A população ignorante, como é o caso da brasileira em sua maior parte, é despida de proteção contra os acenos antiéticos que recebem e, por sua falta de discernimento, cedem com facilidade a esse tipo de apelos. Entretanto, a parcela da população informada também não escapa dos acenos, porquanto, a despeito de seu discernimento, teve a sua personalidade forjada com valores desonestos e antiéticos.

Para endemias com essa fisionomia social não se encontram soluções mágicas obtidas com varinhas de condão. É preciso, antes de mais nada, que a própria sociedade alvitre sua transformação, esmagada que se encontra pelo caos ético disseminado na população em geral. Sem que haja esse intuito, será difícil mudar o estado de coisas e, como sempre, elas continuarão a ser como têm sido até agora.

A educação constitui, sem dúvida, política pública capaz de superar a ignorância e a falta de discernimento e de enraizar, no espírito das novas gerações, valores éticos e civis, necessários para um novo estado de coisas, em que os cidadãos, primeiramente, respeitem o direito de seus pares e, ainda, se conscientizem de que a coisa pública não se confunde com os interesses privados. Se estes impõem o respeito de terceiros, com muito

maior razão o imporá a coisa pública, insuscetível de apropriação pelo particular.

Todos esses aspectos, que envolvem a Sociologia, são apenas parte do todo. Muitos outros que se avolumam sobre a questão são estudados nessa disciplina e na Antropologia, nem sempre envoltos em soluções singelas, mas, ao revés, em demandas complexas e de difícil instalação.

3 CONSTITUIÇÃO E SOCIOLOGIA

O que se quer sugerir, nessas breves observações, é apenas que o Direito, por si só, é incapaz de solucionar as mazelas decorrentes da improbidade na Administração Pública. É claro que seu raio de incidência é importante sob alguns enfoques, mas, infelizmente, não é suficiente nem independente para superar os efeitos dessa chaga social.

O ordenamento jurídico brasileiro, como visto, é repleto de normas em que o modelo inspirador foi o enfrentamento da improbidade administrativa, situando-se em todas as esferas em que está presente a Administração Pública, principalmente nas esferas penal e administrativa.

A Constituição está permeada de normas que, de alguma forma, foram moldadas para a preservação da ética e da moral nas vias governamentais. Invoca-se aqui novamente o art. 37, *caput*, que consagra o princípio da moralidade como um dos princípios administrativos. A norma é, pois, principiológica e traduz guia inafastável para quem quer que esteja vinculado à Administração, agente público ou particular.

A aplicabilidade dos princípios tem sido atualmente mais difundida, crescendo a importância que eles desfrutam no cenário das normas jurídicas - situação que se deve aos estudos, dentre outros, de Alexy e Dworkin. Mas a verdade é que, até bem pouco tempo, os princípios representavam verdadeiro zero à esquerda, retratando meras e fúteis orientações gerais, cuja abstração impedia sua plena eficácia. Ainda assim, não guardam a robustez que mereceriam, considerando-se a sua natureza e posição no sistema normativo.

Não foi à toa que o Constituinte inseriu o art. 37, § 4º com tal fisionomia. Ao fazê-lo, socorreu-se do aspecto sociológico concernente às práticas e à cultura nacionais, numa demonstração de plena consciência de que a improbidade contra a Administração não poderia ficar impune, ao mesmo tempo em que procurou ressaltar para os administradores o princípio da probidade administrativa, resguardando-se os interesses sociais a cargo dos órgãos administrativos.

Outros mandamentos – consideramos acima - têm, como pano de fundo, a necessidade de enfrentamento da improbidade administrativa e, sem dúvida, transmitem a sensação de que o Constituinte bem conhece os valores negativos e costumeiros que regem a sociedade.

Como dissemos anteriormente, cabem aqui os ensinamentos dos constitucionalistas sobre os elementos que se irradiam à ocasião em que uma Constituição é confeccionada pelo Poder Constituinte. Segundo esses ensinamentos, a Constituição resulta da incidência de vários elementos emanados da sociedade, todos componentes do espírito forjado na sociedade.

Por outro lado, a Constituição pode ser compreendida em diversas perspectivas. Na correta observação de Guilherme Peña de Moraes, com base nos estudos de Ferdinand Lassalle, a Constituição, a partir do ângulo sociológico, reflete “o complexo de fatores reais de poder, isto é, o conjunto de forças de índole política, econômica e religiosa que condicionam o ordenamento jurídico de uma determinada sociedade”.¹⁰

Por essa perspectiva sociológica, haveria marca diferencial entre a Constituição real e a Constituição escrita. A primeira retrataria os fatores efetivos de poder reinantes em determinada sociedade, ao passo que a última espelharia os fatores jurídicos, expressados pelo quadro vocabular que a compõe. O ideal é que haja equivalência entre ambas. Sendo assim, a durabilidade da Constituição escrita é diretamente proporcional à da Constituição real, de modo que, em caso de conflito entre elas, será imperioso reformar a Constituição ou alterar os fatores reais de poder.

Na verdade, procura-se formular uma concepção estrutural de Constituição, pela qual, embora considerada em seu aspecto normativo, não se configura como norma pura, mas sim como norma atrelada à realidade social. Essa é a acertada lição de José Afonso da Silva, que ainda acrescenta: “Trata-se de um complexo, não de partes que se adicionam ou se somam, mas de elementos e membros que se enlaçam num todo unitário”.¹¹

Infere-se daí que a força normativa da Constituição, tomada isoladamente, não produz a eficácia social almejada pelo Constituinte nas hipóteses em que forças sociológicas reinantes na população tiverem antagonismo relativamente aos mandamentos constitucionais, ou simplesmente se mantiverem omissas ou desinteressadas diante de tais postulados.

10. MORAES Guilherme Peña de, *Curso de direito constitucional*. São Paulo, Atlas, 2012, p. 61.

11. Op. cit., p. 39.

De um lado, vislumbra-se a “rejeição sociológica” da norma constitucional e, de outro, evidencia-se o “conformismo omissivo” relativamente a ela. Ambos retratam fatores sociológicos. Na rejeição, há o repúdio da sociedade, contrária a determinada norma contida no bojo da Constituição. Quanto ao conformismo, há o desinteresse dos indivíduos no cumprimento da norma, algo que confirma que esta não atende às demandas sociais.

A questão da improbidade administrativa deita raízes nos aspectos sociológicos que compõem nossa ética social. Apesar do conjunto normativo constitucional e da substancial legislação que regem a matéria, a observação diuturna é a de que o fator jurídico-constitucional, por si só, tem sido incapaz de enfrentar, com êxito, os numerosos casos de conduta ímproba por parte de agentes públicos e de particulares com eles envolvidos.

A consequência inevitável dessa incapacidade consiste no necessário reconhecimento de que a transformação desse estado de coisas não poderá dispensar o apoio dos fatores sociológicos cultivados por nossa sociedade. Em outras palavras, não parece eficaz ampliar o número de leis ou de normas, ou de reforçar o regime punitivo, sem considerar a necessidade de buscar os fatores sociológicos que contribuem para esse acatamento social à antiética.

Na verdade, a Sociologia é o ramo das ciências humanas que estuda o comportamento humano, levando em conta os métodos, meios e processos que interligam os indivíduos em instituições e outros grupos. O indivíduo em si mesmo tem a sua personalidade estudada pela Psicologia. A Sociologia, contrariamente, irradia seus efeitos sobre os fenômenos sociais, numa tentativa de configurá-los e analisar os seres humanos em suas relações de interdependência. Em suma, estuda as sociedades e as formas humanas de interação.

É no âmbito dos estudos sociológicos que se desenvolvem as observações do que é repetitivo nas relações sociais, procurando extrair daí algumas generalizações de ordem teórica. Nascida a partir do século XVIII, a Sociologia buscou enfrentar um desafio da modernidade, qual seja, o de encontrar e entender não somente o que liga os grupos sociais, como também colocar uma blindagem contra a desintegração social.

Cabe à disciplina, ainda, pesquisar as estruturas de força e de poder do Estado e de seus membros, e a forma como o poder se estrutura através de microrrelações de forças.

Se a Constituição, de um lado, representa o arcabouço jurídico que contém o conjunto de normas que regem as relações sociais presentes, a

Sociologia assume papel fundamental na criação dessas normas, somando-se a sua função de pesquisa e de estudos necessários à identificação do perfil comportamental da sociedade, no qual se situa o padrão de ética social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todos esses dados, é imperioso que a sociedade brasileira tenha a humildade de reconhecer as suas defecções no que diz respeito à valoração de comportamentos éticos, esse o primeiro passo para um enfrentamento realmente positivo. Depois, numa etapa subsequente, urge adotar medidas que afastem, ou ao menos atenuem, o patrimonialismo social, a busca de vantagens, a proteção do homem cordial aos amigos, a deliberada confusão entre os domínios da coisa pública e da particular.

A cultura atual das práticas patrimonialistas, que fielmente espelham a ganância daqueles que são guindados aos patamares governamentais, e também dos particulares oportunistas que deles se beneficiam através da corrupção, tem provocado, como efeito, um cansaço e, por que não dizer, um grande desalento aos cidadãos, como que resignados pela impossibilidade de alteração da ética social.

A Constituição tem feito o seu papel, incluindo os mandamentos que repudiam a improbidade e a corrupção. Como ensinava Santi Romano, ela representa a origem: “A constituição é o ponto inicial do direito estatal, considerado em seu todo, a base de todas as demais partes, sendo, precisamente, por isto, parte integrante dele”.¹² Portanto, a Carta – pode afirmar-se – não se omitiu quanto a tal fator sociológico.

As presentes reflexões não têm o propósito de esgotar, com a necessária profundidade, os diversos enfoques que se irradiam sobre tema tão complexo. Na verdade, o escopo maior foi o de reconhecer que não compete ao Direito, isoladamente, solucionar todos os aspectos das relações sociais, inclusive os concernentes à improbidade administrativa. Além disso, comporta consolidar a ideia de que é preciso buscar os fatores sociológicos que inspiram condutas sociais imorais em tão grande parcela da população brasileira.

12. SANTI ROMANO, Santi, *Princípios de direito constitucional geral*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1977, p.8.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos, Manual de direito administrativo. São Paulo: Editora Gen/Atlas, 2018.

DECOMAIN, Pedro Roberto, Improbidade administrativa. São Paulo, Editora Dialética, 2007.

FERREIRA, Sérgio de Andréa, Direito administrativo didático. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1985.

FIGUEIREDO, Marcelo, Probidade administrativa. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

HOLANDA, Sérgio Buarque de, Raízes do Brasil. São Paulo, Editora Companhia das Letras, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes, Direito administrativo brasileiro. São Paulo, Editora Malheiros, 2013.

MORAES Guilherme Peña de, Curso de direito constitucional. São Paulo, Atlas, 2012.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção, e OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende, Manual de improbidade administrativa. São Paulo, Editora Gen/Método, 2012.

SANTI ROMANO, Santi, Princípios de direito constitucional geral. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1977.

SILVA, José Afonso, Direito constitucional positivo. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

CAPÍTULO 25

QUESTÕES ELEMENTARES INTRÍNSECAS À DESTINAÇÃO DO FUNDEB EXCLUSIVAMENTE ÀS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL: ESTUDO EMPÍRICO SOBRE UM CHAMAMENTO PÚBLICO NO MUNICÍPIO DE IVOTI, NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

JOSÉ EDUARDO DE MIRANDA

Pós-Doutor em Direito; Reitor do Centro Universitário Montes Belos; Professor Pesquisador da AIDC-IEC, da Universidade de Deusto, e da Cátedra Euro Americana de Protección Jurídica de los Derechos de los Consumidores, da Universidad de Cantabria; Professor convidado da Universidad de Deusto e da Universidad de Cantabria, ambas na Espanha; Consultor Jurídico e Educacional; Advogado e Parecerista fundador de Miranda & Corrêa Lima. E-mail: jemiranda@mirandacorrealima.com

ANDRÉA CORRÊA LIMA

Mestre em Direito; Doutoranda em Direito; Supervisora Pedagógica do Centro Universitário Montes Belos; Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Montes Belos; Advogada fundadora de Miranda & Corrêa Lima.

A educação se estabelece dentro de uma ordem cronológica de idade e capacidade que permita ao educando sintonizar-se com o mundo, para que possa cumprir o papel que o mundo espera dele.¹

José Eduardo de Miranda

INTRODUÇÃO

Situado em posições de inferioridade, nos rankings classificatórios da qualidade da educação escolar, o Brasil busca, sistematicamente, implementar políticas públicas voltadas ao alcance de uma maior efetividade do processo educacional.

Neste sentido, em 1988, o artigo 60, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, da Constituição Federal, determinou que no transcurso dos dez primeiros anos subseqüentes à promulgação da Magna Carta, o Poder Público desenvolvesse medidas adequadas à “mobilização de todos os setores organizados da sociedade e com a aplicação de, pelo menos, cinquenta por cento dos recursos a que se refere o art. 212 da Constituição, para eliminar o analfabetismo e universalizar o ensino fundamental”².

No âmago dessa perspectiva temporal, o Ministério da Educação promoveu a iniciativa de criar o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério, - FUNDEF, então instaurado pela Emenda Constitucional nº 14, de setembro de 1996, e regulamentado pela Lei nº 9.424, de 24 de dezembro daquele ano, e pelo Decreto nº 2.264, de junho de 1997. Em atendimento à dinâmica estabelecida pelo MEC, o FUNDEF foi implantado em 1º de janeiro de 1998, gerando a expectativa de conformação de uma nova e efetiva disciplina de redistribuição dos recursos destinados ao Ensino Fundamental.

Acontece, sem embargo, que a “necessidade de adequação dos estados e municípios à nova sistemática de financiamento, a partir de 1998, resultou, pela combinação da premência, da pressa e, muitas vezes, do imprevisto”³ na inadequada aplicação do FUNDEF, fazendo-o fenecer em razão do excesso

1. MIRANDA, José Eduardo. *Mal dita facul: Tô dentro, e agora?* Curitiba: Prismas, 2017, p. 24.
2. BRASIL. CF. *Ato das disposições constitucionais transitórias*. 1988. Disponível em: «<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/conadc/1988/constituicao.adct-1988-5-outubro-1988-322234-publicacaooriginal-1-pl.html>» Acesso em: 26 fev. 2019.
3. GUIMARÃES, José Luiz. *Do fundef ao fundeb: uma breve reflexão sobre as recentes mudanças no financiamento da educação brasileira*. 2010. Disponível em: «https://acervodigital.unesp.br/bitstream/123456789/35/3/D03_FUNDEFaoFUNDEB.pdf». Acesso em: 28 fev. 2019.

de tecnocracia ou interpretações incoerentes, convergentes com muitos dos exemplos pouco construtivos de aplicação dos recursos públicos.

Em razão da instabilidade, ou fragilidade até, no alcance de sua finalidade essencial, o FUNDEF foi substituído pelo Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação, - FUNDEB, integrado à Constituição Federal através da Emenda Constitucional nº 53, de 19 de dezembro de 2006⁴, e regulamentado pela Lei nº 11.494, de 20 de junho de 2007⁵.

Sob esta ótica, o presente trabalho condensa os resultados de um estudo empírico sobre a causa e efeito do Chamamento Público levado a efeito pelo Município de Ivoti, no Estado do Rio Grande do Sul, através do Edital 97, de 01 de junho de 2018, publicado com o objetivo de celebrar um “Termo de Colaboração para, em regime de mútua colaboração, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, visando à seleção de entidades sem fins lucrativos na área da Educação”⁶.

Destarte, resulta oportuno sublinhar que a pesquisa empírica é grande aliada para que o pesquisador possa observar a práxis fenomenológica, compreendendo os processos socio-jurídicos que lhe são inerentes⁷.

Portanto, sublinha-se que o presente trabalho tem o escopo de abordar a destinação do FUNDEB às organizações da sociedade civil, conspurcando os princípios da isonomia, da livre iniciativa, da segurança jurídica e da universalidade, no ato de seleção dos beneficiários do Fundo, pelo Município de Ivoti, no Estado do Rio Grande do Sul.

1 SOBRE O FUNDEB

O FUNDEB, em linhas gerais, representa um fundo destinado ao financiamento das ações intrínsecas à melhoria das condições da educação básica. Desde uma concepção mais tecnicista, revela-se como “um fundo especial de natureza contábil e âmbito estadual, somando junto ao Distrito

4. BRASIL. Constituição Federal. 1988. Disponível em: «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm». Acesso em: 28 fev. 2019.

5. BRASIL. Lei nº 11.494, de 20 de junho de 2007. Disponível em: «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11494.htm». Acesso em: 06 mar. 2019.

6. MUNICÍPIO DE IVOTI/RS. Edital 97, de 01 de junho de 2018. Disponível em: «www.ivoti.rs.gov.br». Acesso em: 06 mar. 2019.

7. MEKSENAS, Paulo. *Aspectos metodológicos da pesquisa empírica: a contribuição de Paulo Freire*. Revista Espaço Acadêmico, n. 78, ano VII, nov/2007. Disponível em: «<http://www.espacoacademico.com.br/078/78meksenas.htm>». Acesso em: 06 mar. 2019.

Federal vinte e sete fundos, visando parcelas de recursos para serem investidos em educação, distribuídos exclusivamente para educação básica”⁸.

Por esse caminho, e conforme circunscreve o inciso I, do art. 60, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, já reformulado pela Emenda Constitucional nº 53/2006:

[...] a distribuição dos recursos e de responsabilidades entre o Distrito Federal, os Estados e seus Municípios é assegurada mediante a criação, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, de um Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - FUNDEB, de natureza contábil.⁹

De acordo com a disposição da pauta normativa do artigo 2º, da Lei nº 11.494/2007, o FUNDEB tem como propósito tanto a manutenção e o desenvolvimento da educação básica pública, como a valorização dos trabalhadores em educação, incluindo sua condigna remuneração.

Para tanto, quase que a totalidade dos fundos que constituem o FUNDEB é composta a partir da reunião de recursos próprios dos Estados, do Distrito federal e dos municípios, sendo constituído de:

Contribuição de Estados, DF e Municípios, de:

– 16,66 % em 2007; 18,33 % em 2008 e 20 % a partir de 2009, sobre:

– Fundo de Participação dos Estados – FPE

– Fundo de Participação dos Municípios – FPM

– Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS

– Imposto sobre Produtos Industrializados, proporcional às exportações – IPIexp

– Desoneração de Exportações (LC 87/96)

Contribuição de Estados, DF e Municípios, de:

– 6,66 % no 1º em 2007; 13,33 % em 2008 e 20 % a partir de 2009, sobre:

– Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doações – ITCMD

– Imposto sobre Propriedade Veículos Automotores – IPVA

8. MACHADO, Denise Lenise. *Financiamento da educação - FUNDEB: uma análise sobre os investimentos na educação*. 2017. Disponível em: <<http://www.educere.br/uc.com.br>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

9. MUNICÍPIO DE IVOTI. Edital nº 97, de 01 de junho de 2018. Disponível em: <<http://www.ivoti.rs.gov.br>>. Acesso em: 06 mar. 2019.

– Quota Parte de 50% do Imposto Territorial Rural devida aos Municípios – ITR

Receitas da dívida ativa e de juros e multas, incidentes sobre as fontes acima relacionadas.

Além desses recursos, ainda compõe o Fundeb, a título de complementação, uma parcela de recursos federais, sempre que, no âmbito de cada Estado, seu valor por aluno não alcançar o mínimo definido nacionalmente.

A complementação da União está definida da seguinte forma:

- 2,0 bilhões de reais em 2007;
- 3,0 bilhões de reais em 2008;
- 4,5 bilhões de reais em 2009; e
- 10% do valor total do Fundo a partir de 2010.¹⁰

A despeito da expressão numérica que emerge da leitura do sentido formal do FUNDEB, e das receitas que lhe são incorporadas, resulta importante salientar que:

Ao vincular uma parcela considerável de receitas à manutenção de todas as modalidades do ensino básico, o fundo pode contribuir para a redução do analfabetismo, universalização do ensino básico (da educação infantil até o ensino médio), entre outros benefícios. Mas a política de vinculação dos recursos, isoladamente, pode não ser suficiente para a mitigação de todos os problemas apresentados pela educação pública brasileira.¹¹

O FUNDEB, por assim dizer, totaliza um manancial de prestações fixas, provenientes da arrecadação dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, que “são incorporadas ao fundo, que redistribui esses recursos de acordo com a proporção de matrículas nas redes estaduais e municipais de ensino público. As modalidades de ensino cobertas incluem a educação infantil (creche e pré-escola), o ensino fundamental, o ensino médio e a educação de jovens e adultos (EJA)”¹².

10. FNDE. Manual de orientação do FUNDEB. 2008. Disponível em: «<http://www.fnde.gov.br>». Acesso em: 27 fev. 2019

11. CAMPOS, Bruno Cesar e CRUZ, Breno de Paula Andrade. *Impactos do Fundeb sobre a qualidade do ensino básico público: uma análise para os municípios do estado do Rio de Janeiro*. RAP — Rio de Janeiro 43(2):371-93, MAR./ABR. 2009. Disponível em: «<http://www.scielo.br/pdf/rap/v43n2/v43n2a05.pdf>». Acesso em: 06 mar. 2019.

12. CAMPOS, Bruno Cesar e CRUZ, Breno de Paula Andrade. *Impactos do Fundeb sobre a qualidade do ensino básico público: uma análise para os municípios do estado do Rio de Janeiro*. RAP — Rio de Janeiro 43(2):371-93, MAR./ABR. 2009. Disponível em: «<http://www.scielo.br/pdf/rap/v43n2/v43n2a05.pdf>». Acesso em: 06 mar. 2019.

2 DA LEGITIMIDADE DOS MUNICÍPIOS PARA A UTILIZAÇÃO DAS VERBAS ORIGINÁRIAS DO FUNDEB À FINALIDADE DA DESTINAÇÃO DOS RECURSOS

A legitimidade originária dos Municípios, para a utilização dos fundos que corporificam o FUNDEB, é, inicialmente, traçada pela pauta normativa do inciso II, do art. 60, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, da Constituição Federal, cuja expressão determina que:

[...] os Fundos referidos no inciso I do caput deste artigo serão constituídos por 20% (vinte por cento) dos recursos a que se referem os incisos I, II e III do art. 155; o inciso II do caput do art. 157; os incisos II, III e IV do caput do art. 158; e as alíneas a e b do inciso I e o inciso II do caput do art. 159, todos da Constituição Federal, e distribuídos entre cada Estado e seus Municípios, proporcionalmente ao número de alunos das diversas etapas e modalidades da educação básica presencial, matriculados nas respectivas redes, nos respectivos âmbitos de atuação prioritária estabelecidos nos §§ 2º e 3º do art. 211 da Constituição Federal.¹³

Posteriormente, o art. 8º, da Lei nº 11.494, de 20 de junho de 2007, dispõe que a distribuição de recursos que “compõem os Fundos, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, dar-se-á, entre o governo estadual e os de seus Municípios, na proporção do número de alunos matriculados nas respectivas redes de educação básica pública presencial”¹⁴.

Observada a operacionalidade do repasse dos fundos, os recursos do FUNDEB serão utilizados pelos Municípios, “no exercício financeiro em que lhes forem creditados, em ações consideradas como de manutenção e desenvolvimento do ensino para a educação básica pública”¹⁵.

Deve-se, pois, registrar que o art. 38, da Lei 11.494/2007, é definitivo ao estabelecer que “os Municípios deverão assegurar no financiamento da educação básica, previsto no art. 212 da Constituição Federal, a melhoria da qualidade do ensino, de forma a garantir padrão mínimo de qualidade definido nacionalmente”¹⁶.

13. BRASIL. Constituição Federal. 1988. Disponível em: «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm». Acesso em: 28 fev. 2019.

14. BRASIL. Lei nº 11.494, de 20 de junho de 2007. Disponível em: «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11494.htm». Acesso em: 06 mar. 2019.

15. Cf. art. 21, da Lei 11.494/2007. Disponível em: «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11494.htm». Acesso em: 06 mar. 2019.

16. BRASIL. Lei nº 11.494, de 20 de junho de 2007. Disponível em: «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11494.htm». Acesso em: 06 mar. 2019.

3 DA DISCRIMINAÇÃO IMPOSTA PELA LEI Nº 11.494/2007 AO RESTRINGIR A PARTICIPAÇÃO NOS FUNDOS APENAS PARA ENTIDADES COMUNITÁRIAS, CONFSSIONAIS OU FILANTRÓPICAS, SEM FINS LUCRATIVOS, À IMPROPRIEDADE NO USO DA LEI Nº 13.019, DE 31 DE JULHO DE 2014

A imersão no processo analítico de destinação dos fundos do FUNDEB, deixa absolutamente nítido que a Lei nº 11.494/2007 demarca um ato discriminatório, quando, pela pauta normativa do art. 8º, e seus parágrafos primeiro e terceiro, delimita que:

Art. 8º A distribuição de recursos que compõem os Fundos, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, dar-se-á, entre o governo estadual e os de seus Municípios, na proporção do número de alunos matriculados nas respectivas redes de educação básica pública presencial, na forma do Anexo desta Lei.

§ 1º Será admitido, para efeito da distribuição dos recursos previstos no inciso II do caput do art. 60 do ADCT, em relação às instituições comunitárias, confessionais ou filantrópicas sem fins lucrativos e conveniadas com o poder público, o cômputo das matrículas efetivadas

I - na educação infantil oferecida em creches para crianças de até 3 (três) anos;

II - na educação do campo oferecida em instituições credenciadas que tenham como proposta pedagógica a formação por alternância, observado o disposto em regulamento.

[...]

§ 3º Será admitido, até a universalização da pré-escola prevista na Lei no 13.005, de 25 de junho de 2014, o cômputo das matrículas das pré-escolas, comunitárias, confessionais ou filantrópicas, sem fins lucrativos, conveniadas com o poder público e que atendam a crianças de quatro a cinco anos, observadas as condições previstas nos incisos I a V do § 2º, efetivadas, conforme o censo escolar mais atualizado, realizado pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira - INEP.¹⁷

Ao instituir que a distribuição dos recursos provenientes do FUNDEB se fará exclusivamente em razão do cômputo das matrículas das pré-escolas, comunitárias, confessionais ou filantrópicas, sem fins lucrativos, conveniadas com o poder público e que atendam a crianças de quatro a cinco anos, o

17. Idem.

Legislador tanto está instaurando um exercício discriminatório por parte do Poder Público, como viabilizando uma equivocada operacionalização dos processos de chamamento.

Salienta-se, nesse aspecto, que, no intuito de legitimar, e conformar de regularidade os chamamentos para a destinação dos fundos que totalizam o fundo, os Municípios consubstanciam as normas editais através dos preceitos da Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014, que “estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil em regime de mútua cooperação”¹⁸.

Sucedendo que, ao contrário do entendimento elevado pelos Municípios brasileiros, a Lei 13.010/2014 não pode albergar os casos de destinação do FUNDEB, eis que há uma completa discrepância entre o objeto das Sociedades da Organização Civil, e a especificidade de prestação do serviço educacional, no âmbito da educação básica. Urge, portanto, assinalar que o art. 2º, da Lei 13.010/2014, é categórico ao definir que:

Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - organização da sociedade civil:

a) entidade privada sem fins lucrativos que não distribua entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados, doadores ou terceiros eventuais resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, isenções de qualquer natureza, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplique integralmente na consecução do respectivo objeto social, de forma imediata ou por meio da constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva;

[...]

III - parceria: conjunto de direitos, responsabilidades e obrigações decorrentes de relação jurídica estabelecida formalmente entre a administração pública e organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividade ou de projeto expressos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação;

III - A - atividade: conjunto de operações que se realizam de modo contínuo ou permanente, das quais resulta um produto ou serviço necessário à satisfação de interesses compartilhados pela administração pública e pela organização da sociedade civil;

18. BRASIL. Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13019.htm. Acesso em: 06 mar. 2019.

[...]

VII - termo de colaboração: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco propostas pela administração pública que envolvam a transferência de recursos financeiros;

Não se pode desprezar, é bem verdade, que as Organizações da Sociedade Civil são entidades privadas sem fins lucrativos, que, justamente por não terem o lucro como objetivo, são instituídas para desenvolverem ações de interesse público. É precisamente em virtude disso, que:

Tais organizações atuam na promoção e defesa de direitos e em atividades nas áreas de direitos humanos, saúde, educação, cultura, ciência e tecnologia, desenvolvimento agrário, assistência social, moradia, entre outras. Do ponto de vista da incidência no ciclo das políticas públicas, as OSCs têm assumido diferentes papéis: sua presença pode ser observada tanto na etapa de formulação da política, por meio da participação em conselhos, comissões, comitês, conferências e compartilhamento de experiências de tecnologias sociais inovadoras; quanto na sua execução, por meio de parcerias com o poder público; além do monitoramento e avaliação, no exercício do controle social. Há 323 mil OSCs no Brasil, entre fundações e associações sem fins lucrativos, segundo dados da pesquisa Organizações da Sociedade Civil e suas Parcerias com o Governo Federal, que originou o Mapa das Organizações da Sociedade Civil. Essas organizações têm possibilitado a reflexão sobre os padrões sociais brasileiros e o alargamento dos valores democráticos. A trajetória histórica dessas entidades revela a capacidade de se pensar em tecnologias sociais inovadoras, criando formas diversas de intervenção e de envolvimento do público. A proximidade com a população, as ideias gestadas no bojo da sociedade e a capilaridade e porosidade territorial são características dessa atuação que evidenciam seu caráter diferenciado e privilegiado. Além disso, por meio dessas organizações são representadas diferentes identidades, visões de mundo e interesses, expressões singulares que compõem nosso País, permitindo o necessário reconhecimento a diferentes perspectivas sociais e trazendo à luz aqueles tidos como invisíveis.¹⁹

19. LOPES, Laís de Figueirêdo; SANTOS, Bianca dos; BROCHARDT, Viviane (Org.). Entenda o MROSC - Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil: Lei 13.019/201. Secretaria de Governo da Presidência da República. Brasília: Presidência da República, 2016, p. 15-16.

É inegável que o núcleo existencial das Organizações da Sociedade Civil não está para a prestação de serviços educacionais, enquanto atividade fim de responsabilidade dos Municípios.

A finalidade, ou objeto de constituição das OSCs, transita pelo desenvolvimento de ações intermediárias, de aspecto promocional, intrínsecas à “consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação; define diretrizes para a política de fomento, de colaboração e de cooperação”²⁰ com o poder público. Esses fazeres, na essência, não conjugam com a especificidade formacional inerente à consumação da educação escolar, seja em que nível for.

De outra forma, importante ecoar, na voz de Eros Grau, que há:

[...] serviço público mesmo na prestação, pelo setor privado, dos serviços de educação. Por isso mesmo é queo art. 209 da Constituição declara expressamente ser livre à iniciativa privada o ensino. Se o ensino não fosse serviço público, não haveria razão para a afirmação do preceito constitucional. Não importa quem preste tais serviços - União, Estados-membros e municípios ou particulares. Em qualquer hipótese, haverá serviço público. No caso da educação, diz ainda a Constituição, no artigo 209, que ela pode ser exercida pela iniciativa privada, desde que atendidas duas condições: o cumprimento das normas gerais da educação nacional e autorização e avaliação de qualidade pelo poder público.²¹

4 AS BASES DE UM ESTUDO EMPÍRICO: O CHAMAMENTO PÚBLICO LEVADO A EFEITO PELO MUNICÍPIO DE IVOTI, NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, ATRAVÉS DO EDITAL 97, DE 01 DE JUNHO DE 2018

Conforme foi possível observar pelos termos do Edital nº 97/2018, de 1º de junho de 2018 - Chamamento Público nº 03/2018, o Município de Ivoti, sob o escudo da Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014, convocou Organizações da Sociedade Civil – OSC, para a “celebração de Termo de Colaboração para, em regime de mútua colaboração, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco,

20. BRASIL. Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13019.htm. Acesso em: 06 mar. 2019.

21. GRAU, EROS. *Constituição e reforma universitária*. Stf.empauta.com. Folha de S. Paulo, SP, 23 de janeiro de 2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/ErosGrau/ArtigosJornais/784171.pdf>. Acesso em: 06 fev. 2019.

visando à seleção de entidades sem fins lucrativos na área da Educação, para firmar parceria por meio de Termo de Colaboração²², para o fornecimento de “até 100 (cem) vagas em escola de educação infantil nas modalidades creche para atendimento de crianças excedentes da rede municipal, assim como, atender a demanda nas localidades apontadas pela Secretaria Municipal de Educação e Cultura.”²³

Ocorre que a iniciativa do Município de Ivoti, consubstanciada pelo referido Edital de Chamamento Público, ademais de conformar-se sobre uma plataforma de ilegalidade e irregularidades operacionais, tanto corrompe a perspectiva de subsistência jurídico-econômica das escolas privadas que foram oprimidas de um relacionamento pretérito duradouro, com o próprio município, como endoa a probidade da gestão municipal, pela mácula à integridade ético-política no relacionamento que o Município de Ivoti mantém com seus municípios.

Em completo abandono à história que o Município mantinha com Escolas de Educação infantil privadas, o Edital prostrou inteiramente a dinâmica operacional celebrada entre a Prefeitura Municipal e um grupo de escolas privadas, que oferecem a educação infantil, e disponibilizaram, exclusivamente para o Município, todas as vagas para os módulos da educação infantil²⁴.

Neste sentido, verifica-se que todas as escolas privadas voltadas à educação infantil prestaram serviços exclusivamente ao Município. Por esta razão, entende-se, que cada uma das escolas conformou o seu Projeto Pedagógico com os elementos indispensáveis ao “desenvolvimento integral da criança de até 5 (cinco) anos, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade”.²⁵

Constatou-se, em visita física aos estabelecimentos escolares, que as escolas privadas resguardavam as características intrínsecas às escolas de educação infantil, de maneira que cumpriam as exigências ministeriais relacionadas aos parâmetros contextuais-ambientais; à localização; à adequação da edificação aos parâmetros ambientais; aos parâmetros

22. MUNICÍPIO DE IVOTI. Edital 97, de 01 de junho de 2018. Disponível em: «www.ivoti.rs.gov.br». Acesso em: 06 mar. 2019.

23. Idem.

24. Recorde-se que a pauta normativa do parágrafo segundo, do artigo 211, da Constituição Federal, estabelece que “os municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil”. BRASIL. Constituição da república federativa do Brasil e 1988. Disponível em «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm» Acesso em 23 jun. 2016.

25. BRASIL. Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/19394.htm» Acesso em 22 jun. 2018.

funcionais e estéticos; à organização espacial; às áreas de recreação e vivência; à ambientação; aos acessos e percursos.

As escolas não apenas preenchiam todos os requisitos para a oferta do segmento educacional que exerciam, como nunca foram comunicadas pelo Município acerca de qualquer anormalidade funcional ou física, própria para justificar a interrupção do serviço prestado, ou da renovação do contrato, que sistemática e continuamente firmam com o Município há mais de dez anos.

Não obstante o zelo a continuidade dos trabalhos que estavam a prestar para o Município, o Edital nº 97/2018, de 1º de junho de 2018 - Chamamento Público nº 03/2018 desvaleu a relação factual e o lapso temporal no vínculo que o Município de Ivoti celebrava com as Escolas Infantis de natureza privada com fins lucrativos.

5 O FÉRETRO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS CONGÊNERES À MATÉRIA: ISONOMIA, LIVRE INICIATIVA, SEGURANÇA JURÍDICA E UNIVERSALIDADE

Ao considerar a forma pela qual o Município de Ivoti transmutou a realidade instrumental que celebrara com as Escolas de Educação Infantil de natureza privada, para lograr o suprimento de suas carências, na oferta da educação básica, tem-se que o Edital nº 97/2018, de 1º de junho de 2018 - Chamamento Público nº 03/2018 corrompeu integralmente os princípios da isonomia, da livre iniciativa e da segurança jurídica.

Neste aspecto, é prudente colacionar o magistério de Comparato, no sentido de que:

Os princípios jurídicos são normas superiores, sob o duplo aspecto genético e exegetico. De um lado, todo princípio se atualiza ou se concretiza pela produção de normas particulares e direitos subjetivos (...). De outro lado, a determinação do sentido e do alcance dessas normas particulares e direitos subjetivos só é dada em função do princípio jurídico do qual logicamente decorrem.²⁶

De outra forma, Kant, com arguição filosófica imperativa, fez eterno entre os atores do Direito a máxima de que:

Entre todos os contratos pelos quais uma multidão de homens se religa numa sociedade (*pactum sociale*), o contrato que entre eles estabelece uma constituição civil (*pactum unionis civilis*) é de uma espécie tão peculiar que, embora

26. COMPARATO, Fábio Konder. *Direito Público*: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1996. p.

tenha muito em comum, quanto à execução, com todos os outros (que visam a obtenção em comum de qualquer outro fim), se distingue todavia essencialmente de todos os outros no princípio da sua instituição (*constitutionis civilis*). A união de muitos homens em vista de um fim (comum) qualquer (que todos têm) encontra-se em todos os contratos de sociedade; mas a união dos homens que neles próprios é um fim (que cada qual deve ter), portanto, a união em toda a relação exterior dos homens em geral, que não podem deixar de se enredar em influência recíproca, é um dever incondicionado e primordial: tal união só pode encontrar-se numa sociedade enquanto ela radica num estado civil, isto é, constitui uma comunidade (*gemein Wesen*).²⁷

Com profusão, o filósofo prussiano ensina o bom senso público, manifestando que “se o poder supremo estabelece leis que visam directamente a felicidade (o bem-estar dos cidadãos, a população, etc.), isso não acontece com o fito de estabelecer uma constituição civil, mas como meio de garantir o estado jurídico sobretudo contra os inimigos externos do povo”.²⁸

Vigilante à esta orientação, compreende-se que o Edital analisado assinta o fracionamento do “estado jurídico” e a aversão do Município contra seus próprios munícipes.

Ressalta-se, para tanto, que o Município de Ivoti, independentemente dos motivos que guarnecem o desiderato pela implementação dos termos do Edital 97/2018, jamais poderia rechaçar que os princípios perfazem a expressão deontológica elementar dos valores sociais, e informam o conteúdo de todas as regras jurídicas deles derivadas.

Por esta causa, aplicar a lei não pressupõe levar à materialidade de um ato a presunção, ou entendimento, do que venha a dizer literalmente um dispositivo, desconectando de seu contexto o aporte axio-principiológico que o orienta. Aqui, fundamental realçar que Streck soergue, com logicidade e solidez, que:

Não há respostas *a priori*, que exsurjam de procedimentos (métodos ou fórmulas de resolução de conflitos). Em outras palavras, definitivamente não se percebe primeiro o texto para, depois, acoplar-lhe o sentido (a norma). Isso quer dizer também que, na medida em que o ato de interpretar – que é sempre compreensivo – é unitário, o texto não está – e não aparece – desnudo, à disposição. [...]

27. KANT, Immanuel. *Sobre a expressão corrente*: isto pode ser correcto na teoria, mas nada vale na prática. Traductor: Arturo Morão, 1793. Disponível em «www.lusosofia.net» Acesso em 24 de jun. 2018.

28. Ibid.

Aquilo que é condição de possibilidade não pode vir a se transformar em um “simples resultado” manipulável pelo intérprete”.²⁹

Abrevia-se, nas palavras de Streck, que o desiderato do Município conferir prevalência ao seu «desejo» de celebrar um contrato sob o “regime de mútua colaboração”, ao abrigo da Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014, não de lhe desonera da responsabilidade de considerar a causa e os efeitos de ruptura de pactos precedentes, legítima e legalmente celebrados com as Escolas de Educação Infantil privadas localizadas na cidade de Ivoti.

Nesse sentido, ao observar-se o objeto do Edital 97/2018, e considerar-se a identidade deste, com o objeto dos contratos que o Município celebrou com todas as escolas infantis da cidade, com arrimo de Editais similares, compreende-se que a delimitação do agente contamina o Edital nº 97/2018, de 1º de junho de 2018 - Chamamento Público nº 03/2018 de vício insanável, haja vista a opressão completa ao princípio da isonomia.

Ao ferir o Edital 97/2018 pelo abandono da igualdade na possibilidade de participação das escolas de educação infantil de natureza privada, o Município acentuou interesses de cunho outro que transcendem a primazia do interesse público, o que se observa quando, no Edital, delimita o “chamamento público para a seleção de Organizações da Sociedade Civil – OSC”³⁰. Aqui, anota-se que, pela objetivização da linguagem constitucional, a isonomia lidera a ordem do elenco dos direitos e garantias fundamentais, porque:

A igualdade tem dupla primazia ‘topográfica’: está no caput do art. 5º e no seu item I. Mas a isonomia não é a rigor necessariamente descritível, na metalíngua doutrinária, como um princípio diverso da legalidade (art. 5º, II). Somos isonômicos diante e na lei, não perante atos infra legais. Pobre direito seria a isonomia se rebaixada e alojada em atos normativos inferiores (portarias, instruções normativas, decretos etc.). Uma degradação do princípio na sua fundamental dignidade de questionamento. Legalidade e isonomia: o mesmo, o princípio dos princípios constitucionais, no elenco dos direitos e das garantias individuais.³¹

29. STRECK, Lenio Luiz. «Hermenêutica, constituição e autonomia do direito.» Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Estado (RECHTD). 1 (1):65-77 janeiro-junho 2009, p. 76.

30. MUNICÍPIO DE IVOTI/RS. Edital 97, de 01 de junho de 2018. Disponível em «www.ivoti.rs.gov.br». Acesso em 06 mar. 2019.

31. BORGES, José Souto Maior. «Pro-Dogmática: Por uma Hierarquização dos Princípios Constitucionais.» In Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 146.

Em oposição complementar, impossível olvidar que o art. 3º, da Lei n.º 8.666, de 21 de julho de 1993, é peremptório no sentido de que “a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia.”³² Assim sendo, não há como abandonar-se o entendimento de que:

El Derecho no es, sin embargo, una pura estructura formal, sino una estructura dotada de un sentido necesario. Todo Derecho se pretende justo, y es la idea de justicia la que lleva derechamente al principio de igualdad que, en cierto sentido, constituye su contenido esencial. (...)

La exigencia del trato igualitario en lo social o en lo político no son sino derivación de un mandato ético, de una idea de justicia material que forma parte del sistema de valores de una determinada cultura).³³

Ao publicizar o propósito de celebrar “parcerias” para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, o dever de oportunizar às Escolas Infantis de natureza privada com fins lucrativos a participação na chamada se mostra curial à garantia da isonomia da proposta, eis que o objeto a ser cumprido não carece de especificidade técnica-funcional outra que aquela que as próprias escolas apresentaram ao Município de Ivoti no decorrer dos últimos anos, de forma ininterrupta e não contestada.

De outra forma, a exclusão da possibilidade das Escolas Infantis de natureza privada com fins lucrativos de participarem da Chamada sepulta o princípio constitucional da livre iniciativa, uma vez que o objeto de sua atividade, hoje, é absorvido unicamente pelo Município de Ivoti.

No momento em que o Município rechaça a legitimidade, a regularidade e o prosseguimento da relação que ainda preserva com as Escolas Infantis de natureza privada com fins lucrativos, ele corrompe o princípio da livre iniciativa de maneira tão assaz, que as submete ao risco de fechamento iminente, eis que o tempo, a prática e a regularidade na prestação de um serviço ao Município de Ivoti, deixam claro que sua existência se consolida para o atendimento dos interesses públicos que o próprio Município não logra satisfazer.

Por essa razão, é categórico assinar que:

[...] o aspecto de *fundamentalidade* da livre iniciativa tanto a transforma em um pilar normativo-principiológico intocável que impede qualquer interpretação restritiva de

32. BRASIL. Lei n.º 8.666, de 21 de julho de 1993. Disponível em « http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666compilado.htm ». Acesso em 06 mar. 2019.

33. LLORENTE, Francisco Rubío. *La Forma del poder: Estudios sobre la Constitución*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 612.

seu alcance, como provoca o seu desdobramento numa série de direitos, garantias e deveres correlacionados com o escudo, ou alcance, de condições inerentes à dignidade da pessoa humana.³⁴

Nesse contexto, ressalta-se que o ato opressor que impede a participação das Escolas Infantis de natureza privada com fins lucrativos, no Edital, não apenas fere a livre iniciativa, como sufoca a dignidade humana de seus órgãos de apresentação, e de todo o seu corpo funcional. O Edital, em toda sua expressão, macula o princípio da segurança jurídica, disposto pelo artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal, para determinar que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.³⁵

Dentro desta perspectiva, a fundamentação do Edital analisado perverte completamente o ato jurídico perfeito, consubstanciado pela tenacidade no processo de renovação sistêmica dos contratos que o Município sempre celebrou com as Escolas. Sequente neste raciocínio, advoga-se a tese de que o ato de exclusão fere, inexoravelmente, o direito adquirido, e irrefutável, das Escolas Infantis de natureza privada com fins lucrativos participarem do processo de celebração de parceria para a prestação de um serviço que elas oferecem, com exclusividade, ao próprio Município.

Assim sendo, repousa prudente enaltecer, na voz J. J. Gomes Canotilho, que:

Os princípios da protecção da confiança e da segurança jurídica podem formular-se assim: o cidadão deve poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados ou tomadas de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas mesmas normas. Estes princípios apontam basicamente para: (1) a proibição de leis retroactivas; (2) a inalterabilidade do caso julgado; (3) a tendencial irrevogabilidade de actos administrativos constitutivos de direitos.³⁶

34. MIRANDA, José Eduardo de. «Do livre exercício da atividade empresarial à responsabilidade social como prerrogativa ético-moral da ordem econômica: a axiologia da cooperação como pressuposto de desenvolvimento sustentável» In MIRANDA, José Eduardo de, e (...). *Ordem econômica constitucional: Compreensão e comparativo da ordem econômica na constituição de 1988 com outros sistemas jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 282.

35. BRASIL. Constituição da república federativa do Brasil e 1988. Disponível em « http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm » Acesso em 23 jun. 2016.

36. CANOTILHO, J. J. GOMES. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almeida, 1995, p. 373.

O Município não pode, ou não deve, gerar a expectativa de ininterruptão de uma relação instrumental, e, de forma totalitária, interrompê-la, mesmo consciente de situar as Escolas Infantis de natureza privada com fins lucrativos no risco de um dano iminente, de difícil ou incerta reparação.

No apogeu da compreensão e de consolidação do Estado Democrático de Direito, a segurança jurídica, e sobremaneira, o Direito, não se legitimam através dos procedimentos formais, como a publicação de um Edital, que escorre pelos descaminhos de uma legislação específica: o Estado Democrático de Direito e o próprio Direito, legitimam-se por sua fundamentação moral e ético-política. É neste diapasão que Vasconcelos orienta sobre a efetividade do princípio da segurança jurídica por ato das instituições, dizendo que:

As instituições jurídicas (normas) não se legitimam suficientemente pelas referências positivistas (formais) de sua produção; requerem “justificação material”. No modelo positivista, o direito tem força constitutiva apenas como meio de controle, combinando os meios dinheiro e poder, e reservando-se-lhe uma “função (meramente) regulativa”, em lugar de “função social-integrativa”, que se lhe reserva no Estado Democrático de Direito. O direito vale porque posto de acordo com procedimentos democráticos. Sua aplicação, contudo, não se legitima tão-somente pela consistência das decisões, mas por sua fundamentação moral e ético-política, o que determina uma tensão entre segurança jurídica e correção da decisão, o que dá relevância à questão da aplicação jurídica adequada.³⁷

Não se pode descorar que na esfera moral, a teoria oferece à prática, “a *priori* e de modo incondicional, não só a sua lei, mas também um fio condutor seguro para os “juízos do são entendimento humano” –o que não acontece com as doutrinas que veem na demanda da felicidade o motivo da acção, porque nesse domínio reina a incerteza, a divergência e a confusão”.³⁸

37. VASCONCELOS, Antônio Gomes de. «Pressupostos Filosóficos e Político-Constitucionais para a aplicação do Princípio da Democracia Integral e da Ética de Responsabilidade na 417 Organização do Trabalho e na Administração da Justiça: o Sistema Núcleos Intersindicais de Conciliação Trabalhista. Estudo de caso – a questão trabalhista regional e os resultados da instituição matricial de Patrocínio-MG (1994–2006).» Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, defendida em dezembro/ 2007.

38. KANT, 1793.

6 A TÍTULO DE ÚLTIMAS PALAVRAS

Malgrado a nódoa que provocou aos princípios constitucionais da isonomia, livre iniciativa, segurança jurídica e universalidade, o que por si só combaliu a validade do Edital nº 97/2018, de 1º de junho de 2018 - Chamamento Público nº 03/2018, é importante realçar que a operacionalidade formal do ato deixou patente que os elementos editalícios são notadamente contrários à lei e avessos aos princípios da absoluta prioridade, da prevenção e do melhor interesse da criança.

Percebe-se que o documento é omissivo em relação à definição clara e objetiva acerca dos objetivos específicos do programa, no caso o FUNDEB, ou ação em que se insere o objeto da parceria, dificultando o julgamento do grau de adequação das propostas ofertadas pelas Organizações da Sociedade Civil.

Ademais, em análise à realidade de mercado da região, notou-se que o preço atribuído pelo Edital dista da média do preço ajustado pelos contratos que o Município celebrou em outras épocas com as Escolas de Educação Infantil de natureza privada com fim lucrativo, realçando que a preocupação do Executivo Municipal é unicamente financeira, com desterro da importância da qualidade no atendimento e prestação da Educação Infantil.

Este detalhe, associado à forma pela qual o Município definiu o valor econômico para a realização do objeto, ou o preço a ser pago por vaga, de criança atendida, traduzem, de sobremodo, que o Município de Ivoti, se não corrompe, desconsidera, ou desconhece, a primazia dos princípios da absoluta prioridade, da prevenção e do melhor interesse da criança.

Da mesma forma como o documento não apresenta um objetivo claro, não existem diretrizes expressas, e flutua no Edital um preço módico, que foge da realidade sócio-política do Município de Ivoti.

Por isto, e ao relevar-se o significado do FUNDEB, deve-se firmar que, no mundo da vida, multiplicam-se casos em que os Editais para destinação das verbas do Fundo transgridem princípios constitucionais.

A exemplo do que aconteceu com seu antecessor, o FUNDEB igualmente enfrentou problemas operacionais e de efetivação. Entre eles, encontra-se a forma pela qual algumas Prefeituras otimizam o processo regulatório no ambiente da municipalidade, transvertendo a gênese formacional das crianças, e afetando os interesses e direitos dos próprios municípios.

É por esta razão que, em virtude da legitimidade dos Municípios regozijarem-se sobre os fundos, nenhum ato pode secundarizar o interesse da criança, sob pena de o Direito, com abrigo da Constituição, proemizar unicamente os interesses econômicos, e os propósitos pessoais que de uma ou de outra forma eclodem pelas entrelinhas do documento analisado.

Assim sendo, e relevando-se a exiguidade temporal na vigência do FUNDEB, prevista para extinguir-se em 31 de dezembro de 2020, entende-se que o legislador deve repensar a operacionalidade nos atos de convocação dos beneficiários da verba, para a prestação do serviço educacional.

Tem-se, ademais da irregularidade provocada pelo mal uso da Lei 13.029/2014, para fundamentar o Chamamento de Organizações da Sociedade Civil, -porque estas entidades não estão previstas em lei para oferecerem serviços de atividade fim-, que a natureza ou a forma societária do ente mostra-se despiciendo em relação à história no relacionamento que outras entidades celebram com os Municípios, alteando antes da finalidade do pacto, o melhor interesse da criança e efetividade no processo de formação educacional inerente ao desenvolvimento de sua própria personalidade.

Se assim não for, antes de colaborar com a qualidade de educação nacional, o FUNDEB, ou eventual fundo que o substitua, estará sepultando a dignidade humana!

REFERÊNCIAS

BORGES, José Souto Maior. «Pro-Dogmática: Por uma Hierarquização dos Princípios Constitucionais.» In Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo: Malheiros, 1993.

BRASIL. CF. Ato das disposições constitucionais transitórias. 1988. Disponível em: «<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/conadc/1988/constituicao.adct-1988-5-outubro-1988-322234-publicacaooriginal-1-pl.html>» Acesso em: 26 fev. 2019.

BRASIL. Constituição Federal. 1988. Disponível em: «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm». Acesso em: 28 fev. 2019.

BRASIL. Lei nº 11.494, de 20 de junho de 2007. Disponível em: «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11494.htm». Acesso em: 06 mar. 2019.

BRASIL. Lei n.º 8.666, de 21 de julho de 1993. Disponível em: «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666compilado.htm». Acesso em: 06 mar. 2019.

CAMPOS, Bruno Cesar e CRUZ, Breno de Paula Andrade. Impactos do Fundeb sobre a qualidade do ensino básico público: uma análise para os municípios do estado do Rio de Janeiro. RAP — Rio de Janeiro 43(2):371-93, MAR./ABR. 2009. Disponível em: «<http://www.scielo.br/pdf/rap/v43n2/v43n2a05.pdf>». Acesso em: 06 mar. 2019.

CANOTILHO, J. J. GOMES. Direito constitucional. 6. ed. Coimbra: Almeida, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. Direito Público: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1996.

FNDE. Manual de orientação do FUNDEB. 2008. Disponível em: «<http://www.fnde.gov.br>». Acesso em: 27 fev. 2019.

GRAU, EROS. Constituição e reforma universitária. Stf.empauta.com. Folha de S. Paulo, SP, 23 de janeiro de 2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/ErosGrau/ArtigosJornais/784171.pdf>. Acesso em: 06 fev. 2019.

GUIMARÃES, José Luiz. Do fundef ao fundeb: uma breve reflexão sobre as recentes mudanças no financiamento da educação brasileira. 2010. Disponível em: «https://acervodigital.unesp.br/bitstream/123456789/35/3/D03_FUNDEFaoFUNDEB.pdf». Acesso em: 28 fev. 2019.

KANT, Immanuel. Sobre a expressão corrente: isto pode ser correcto na teoria, mas nada vale na prática. Traductor: Arturo Morão, 1793. Disponível em «www.lusosofia.net» Acesso em 24 de jun. 2018.

LLORENTE, Francisco Rubío. La Forma del poder: Estudios sobre la Constitución. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

LOPES, Laís de Figueirêdo; SANTOS, Bianca dos; BROCHARDT, Viviane (Org.). Entenda o MROSC - Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil: Lei 13.019/201. Secretaria de Governo da Presidência da República. Brasília: Presidência da República, 2016.

MACHADO, Denise Lenise. Financiamento da educação - FUNDEB: uma análise sobre os investimentos na educação. 2017. Disponível em: «<http://www.educere.bruc.com.br>». Acesso em: 28 fev. 2019.

MIRANDA, José Eduardo de. «Do livre exercício da atividade empresarial à responsabilidade social como prerrogativa ético-moral da ordem econômica: a axiologia da cooperação como pressuposto de desenvolvimento sustentável» In MIRANDA, José Eduardo de, e (...). *Ordem econômica constitucional: Compreensão e comparativo da ordem econômica na constituição de 1988 com outros sistemas jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2015.

MIRANDA, José Eduardo. *Mal dita facul: Tô dentro, e agora?* Curitiba: Prismas, 2017.

MEKSENAS, Paulo. Aspectos metodológicos da pesquisa empírica: a contribuição de Paulo Freire. *Revista Espaço Acadêmico*, n. 78, ano VII, nov/2007. Disponível em: «<http://www.espacoacademico.com.br/078/78meksenas.htm>». Acesso em: 06 mar. 2019.

MUNICÍPIO DE IVOTI/RS. Edital 97, de 01 de junho de 2018. Disponível em: «www.ivoti.rs.gov.br». Acesso em: 06 mar. 2019.

STRECK, Lênio Luiz. «Hermenêutica, constituição e autonomia do direito.» *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Estado (RECHTD)*. 1 (1):65-77 janeiro-junho 2009.

VASCONCELOS, Antônio Gomes de. «Pressupostos Filosóficos e Político-Constitucionais para a aplicação do Princípio da Democracia Integral e da Ética de Responsabilidade na 417 Organização do Trabalho e na Administração da Justiça: o Sistema Núcleos Intersindicais de Conciliação Trabalhista. Estudo de caso – a questão trabalhista regional e os resultados da instituição matricial de Patrocínio-MG (1994–2006).» Tese de Doutorado. Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, defendida em dezembro/ 2007.

CAPÍTULO 26

A OJERIZA À TAXA DE ADMINISTRAÇÃO E A POSSIBILIDADE DE PAGAMENTO DE CUSTOS INDIRETOS DAS ENTIDADES SEM FINS LUCRATIVOS PELO PODER PÚBLICO

JOSENIR TEIXEIRA

Advogado e Mestre em Direito.

INTRODUÇÃO

Presenciei recente discussão entre os presidentes de dois Tribunais de Contas – um estadual (TCE) e outro municipal (TCM) - sobre a possibilidade - ou não - de cobrança de *taxa de administração* por entidades sem fins lucrativos parceiras de entes políticos na gestão de unidades públicas de saúde no modelo de Organização Social.

Entendia o presidente do TCM ser possível a cobrança de referida taxa pelas entidades. Ele contextualizou o assunto informando que, na prática, para fazer as vezes dela, as instituições acabavam por “quarteirizar os serviços” (?), e defendeu que a institucionalização da taxa tornaria a parceria mais transparente e evitaria a utilização de subterfúgios para a sua cobrança, situação que não raro acontece na prática, pois “ninguém trabalha de graça”.

O presidente do TCE discordou parcialmente daquele posicionamento, ratificou sua posição contrária à cobrança da *taxa de administração* mas concordou que a situação acerca do assunto precisa ser modificada e/ou definida. Porém, ele também entendia que, se bem fiscalizada a aplicação do valor advindo da taxa, a sua cobrança pelas entidades poderia ser viável.

Mas ressaltou veementemente que as entidades não podem ter lucro, o que, no caso posto, seria representado justamente pela cobrança de tal taxa. (?)

O assunto relativo à *taxa de administração* é caro às entidades sem fins lucrativos que se dedicam a auxiliar os governos a cumprir sua finalidade constitucional. Alguns pareceres jurídicos foram elaborados sobre o tema, como, por exemplo, o intitulado “*Taxa de administração prevista em contratos de gestão firmados com organizações sociais: típicos instrumentos de fomento*” público para entidades do terceiro setor”, de 2009, de autoria de Gustavo Justino de Oliveira^{2 3}. Referido artigo tratou de esquadriñar o assunto, até em razão do seu ineditismo, à época, o que se pode aferir a partir da observação do seu sumário, assim composto:

O legislador, os entes políticos e os órgãos de controle exigem que as entidades sem fins lucrativos que se disponibilizam em ajudar o Estado a atender a população de forma digna nalgumas áreas de interesse profissionalizem e capacitem seu pessoal técnico cada vez mais, visando cumprir o objeto das parcerias a contento e com êxito, hipótese em que a aproximação seria justificada e faria sentido, na verdade.

A discussão continua contemporânea e merece ser incrementada com alguns argumentos práticos oriundos de casuística cotidiana que às vezes se distancia da teoria estagnada. É o que este breve artigo propõe.

1 A QUALIFICAÇÃO DE ORGANIZAÇÃO SOCIAL DAS ENTIDADES SEM FINS LUCRATIVOS⁴

O ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, afirmou que o Direito Administrativo tem passado por grandes alterações que não podem ser compreendidas se analisadas com base na rigidez da dicotomia público-privado. Diz ele que, de fato, o Estado tem se utilizado de instrumentos e mecanismos de gestão inovadores e se informado em princípios próprios do direito privado.⁵

1. Há doutrinadores que defendem posição contrária ao sustentado neste parecer, no sentido de que o Contrato de Gestão não seria mero fomento.
2. Revista de Direito do Terceiro Setor - RDTS - Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 117-141, jan/jun de 2009.
3. TEIXEIRA, Josenir. Há correlação entre a taxa de administração e o artigo 56 da Lei n. 12.873/13? In: Opiniões 4. São Paulo: edição própria, 2018. p. 99-113.
4. TEIXEIRA, Josenir. O Terceiro Setor em perspectiva: da estrutura à função social. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 108-113.
5. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN n. 1.923, voto de agosto de 2007.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto ressalta que, no panorama atual de reforma e modernização da Administração Pública, faz-se necessário adotar metodologias que propiciem uma gestão mais rápida, econômica e transparente.⁶

José Renato Nalini assevera que a Constituição de 1988 implantou um modelo de democracia participativa, em oposição à democracia representativa, ao prever a participação ativa do Terceiro Setor na concretização dos valores sociais. O constituinte colocou o Estado como mero coordenador das atividades de gestão pública, confiando aos particulares uma maior participação. Afirma ele que a contemporaneidade reclama um Estado Mínimo e subsidiário.⁷

Organização Social é a denominação de uma qualificação (título, condecoração etc.) que o Poder Executivo das três esferas políticas, discricionariamente, pode conceder às entidades sem fins lucrativos que preencherem os requisitos das respectivas legislações que as criaram e cujas finalidades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, dentre outras, conforme previsão legal específica, a partir da análise do administrador público acerca da conveniência de conceder ou não a certificação e a oportunidade de fazê-lo.

A intenção das normas jurídicas a respeito da qualificação como *Organização Social* é permitir a aproximação das entidades sem fins lucrativos com o poder público e, na figura do Executivo, a implantação de forma

6. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Administração privada temporária de caráter interventivo em banco estatal negociada consensualmente com o Banco Central: implicações da lei no. 8.666/93. In: Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, a. 12, n. 4, p. 178-188, abr. 1996. p. 183.

7. Nas palavras do autor: “O Brasil adotou novo paradigma a partir de 5 de outubro de 1988. Do modelo de Democracia Representativa passou para a Democracia Participativa, na qual o chamado Terceiro Setor precisa desempenhar protagonismo até então inexistente. O constituinte fez refletir no pacto jurídico – mas também social, econômico, histórico e político – as mais modernas tendências da gestão da coisa pública. O Brasil não pode desconhecer a ineficiência do Estado e sua insuficiência para cumprir todas as promessas feitas à luz da concepção do Welfare State. Bem por isso, a contemporaneidade reclama um Estado Mínimo, garantidor de Justiça e Segurança e mero coordenador de atividades que devem ser confiadas à iniciativa dos particulares. A sociedade brasileira exigiu o retorno do princípio da subsidiariedade, para que se devolva a cada indivíduo, grupo intermediário de dimensões diversas, até alcançar o Estado, a atribuição de tudo aquilo de que puderem se desincumbir a contento. A atuação estatal é sempre mais dispendiosa, lenta e ineficiente se cotejada com aquela cometida à iniciativa privada. O Estado precisa estimular os particulares a assumirem os encargos dos quais ele não consegue se desincumbir a contento. No plano da saúde, a participação da iniciativa privada no SUS é imprescindível. Se deixar de estimulá-la, a Administração Pública estará a cometer inconstitucionalidade por omissão, eis que deixará de dar consequências práticas ao princípio da eficiência, um dos fundamentos a que está subordinada” – Tribunal de Justiça de São Paulo. ADIN n. 130.726-0/7-00.

de participação privada na execução de atividades administrativas, com transferência da gestão dos serviços até então capitaneada por órgãos e entidades públicas, no caso da legislação federal, para as entidades agraciadas com aquele título.

No âmbito dos estados e municípios, serviços novos ou existentes, dos acima mencionados, podem ser repassados para a gestão das entidades sem fins lucrativos⁸ que comprovadamente possuem expertise na respectiva área de atuação em busca do aumento da eficiência, consubstanciada, basicamente, na profissionalização do gerenciamento, baixando custos, agilizando processos e ampliando o atendimento, a depender do que for ajustado contratual e bilateralmente por meio da definição de metas de produção e da forma de financiamento e/ou pagamento das respectivas despesas.

Esta qualificação acabou se transformando e concretizando em *modelo de gestão*, por meio do qual os entes políticos passaram de executores ou prestadores diretos de serviços para reguladores da atividade, fiscalizando e avaliando periodicamente as ações desenvolvidas diretamente pelas entidades sem fins lucrativos.

Quando uma entidade privada assume a gestão (administração, direção etc.) de um equipamento público ela não atrai para si o papel principal daquele serviço público, que é e continuará sendo de responsabilidade do ente político respectivo. O serviço continua sendo público sem qualquer transferência dele para o particular. A atividade propriamente dita, o patrimônio, o custeio, a fiscalização e o controle dos serviços a serem executados por terceiros também continuam sendo promovidos pela Administração Pública, exatamente como determina a Constituição Federal. Nas *parcerias* firmadas, o patrimônio continua sendo público, mas o gerenciamento ou a execução direta dos serviços passa a ser realizado pela entidade privada. Por meio da *parceria* com entidades do Terceiro Setor, os entes políticos procuram introduzir na Administração Pública princípios gerenciais típicos da iniciativa privada, que possui regras mais flexíveis, minimizando a burocracia exagerada e retrógrada que rege o poder público.

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao abordar a natureza dos serviços suscetíveis de serem concedidos, ensina que, por ser serviço público e privativo do Estado, não pode ser transferido à esfera de poderes de um

8. Vide TC-002149/006/02, Pleno, Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, Sessão de 05.05.2004, item 16. Município de Patrocínio Paulista. Disponível em www.tce.sp.gov.br

particular. O que se transfere ao particular, nos casos de concessão de serviço público, é somente o *exercício* da atividade pública.⁹

A iniciativa legislativa relativa às Organizações Sociais teve por objetivo criar qualificação que possibilitassem às entidades a aproximação desburocratizada com o poder público no estabelecimento de relacionamentos jurídicos, visando implantar e fomentar nova forma de participação popular na gestão administrativa, trazendo agilidade, autonomia e eficiência a esta.

A entidade do Terceiro Setor, que é pessoa jurídica de direito privado, ao se publicizar, legitima-se a firmar parcerias e, por meio delas, executar serviços de administração, operacionalização e gerenciamento de atividades públicas, como saúde, educação e cultura, por meio da assinatura de Contrato de Gestão, acordo operacional pelo qual a Administração Pública entrega à entidade qualificada recursos orçamentários, bens e servidores, eventualmente, para que ela possa cumprir os objetivos tidos por convenientes e oportunos à coletividade¹⁰, com o atingimento das metas quantitativas e qualitativas previamente ajustadas naquela instrumento jurídico.

2 INEXISTÊNCIA DE ÓBICE LEGAL À OBTENÇÃO DE LUCRO PELAS ENTIDADES SEM FINS LUCRATIVOS

As entidades sem fins lucrativos - e todas as pessoas jurídicas, na verdade - estão sujeitas a três situações financeiras decorrentes da sua atuação: ou elas obtêm lucro (superávit), amargam prejuízo (déficit) ou empatam receitas e despesas. Não há quarta opção.

Para sobreviverem no sistema capitalista brasileiro e fazer frente aos vários custos operacionais diretos e indiretos é óbvio que as entidades precisam obter lucro das atividades por elas desenvolvidas. Se não houver receita maior que as despesas as instituições fecharão as suas portas e desaparecerão do mundo jurídico, não sem antes acabar com a vida dos seus dirigentes estatutários, que irão amargar a inclusão de seus nomes nos órgãos de negativação de crédito e o bloqueio de seus patrimônios pessoais.

Então, de onde viria a receita das entidades se elas não pudessem ter margem financeira ou de lucro das parcerias que mantêm com entes

9. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed., São Paulo: Malheiros, p. 609.

10. ROCHA, Sílvia Luís Ferreira. *Terceiro Setor – Coleção Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

políticos que se efetivam na gestão de unidades públicas de saúde e/ou cultura, por exemplo?

Não há nenhuma lei que proíba as entidades sem fins lucrativos de obter lucro (“superávit”, termo técnico-contábil adequado para a hipótese) no desenvolvimento de suas atividades-meio. Não possuir fins lucrativos (ou “não econômicos”, como prefere o artigo 53 do Código Civil) não significa ausência ou proibição de aferição de lucro. Significa unicamente que elas não podem distribuir “qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título”, conforme prevê o artigo 14, I, do Código Tributário Nacional, entre os associados das entidades, mesmo os ocupantes de cargos de direção ou componentes dos Conselhos porventura existentes (Fiscal, Consultivo, Curador, Gestor, de Administração etc.).

É isso é absolutamente diferente da eventual remuneração dessas mesmas pessoas pelo desempenho de suas atividades profissionais na gestão executiva das entidades, assunto que é tratado pelas Leis n. 12.101/09, no art. 29, I, §§ 1º, 2º e 3º, a partir da redação dada pelas Leis n. 12.868/13 e n. 9.532/97, no art. 12, com a modificação feita pela Lei n. 13.151/15.

Não há proibição legal quanto a entidades sem fins lucrativos obterem lucro/superávit no desenvolvimento de suas atividades. E nem poderia, sob pena de inviabilização da própria existência delas diante do sistema econômico brasileiro implantado.

Aliás, a institucionalização da imunidade tributária de tais entidades, pela Constituição Federal, parte justamente da premissa da possibilidade de desenvolvimento de atividades lucrativas/superavitárias por elas. Não fosse assim, porque a Constituição entenderia que o patrimônio, a renda e os serviços das instituições seriam imunes a tributação? Como elas adquiririam patrimônio senão por meio de margem lucrativa obtida pelos serviços desempenhados? De onde viria a renda das instituições senão das atividades lucrativas que elas desenvolvem?

Graciano Pinheiro de SIQUEIRA¹¹ defende a mesma linha de raciocínio, ao afirmar:

Na verdade, nada impede que uma associação, assim como uma fundação, exerça atividade econômica, desde que o faça como atividade-meio, para poder, com o resultado alcançado, realizar a atividade para a qual foi constituída – atividade-fim (normalmente uma atividade de benemerência, altruísta), que é, efetivamente, o que caracteriza o ente como associação. Dito de outro modo:

11. Direito notarial e registral avançado. Coord. Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida., et. al. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 274

o eventual resultado positivo (lucro) obtido com a prática da atividade econômica não pode rever em benefício, por exemplo, dos diretores, devendo ser aplicado integralmente na consecução do seu objeto social. A atividade-meio é um recurso utilizado pela associação para alcançar a atividade-fim.

Não existe a *prestação de serviços* gratuitos pelas entidades a órgãos públicos ou entes políticos. Invariavelmente, esse relacionamento é oneroso e há que haver margem lucrativa para que as entidades consigam pagar as despesas operacionais intrínsecas ao desenvolvimento da atividade à qual se dedica. Senão a conta não fecha. E nem se diga que a *parceria* se configuraria em modalidade diferente no aspecto financeiro, pois, de igual modo, as despesas continuarão a existir independentemente da natureza jurídica do relacionamento que for estabelecido entre as organizações da sociedade civil (OSC) e o poder público.

O Supremo Tribunal Federal sacramentou o entendimento em relação à possibilidade de obtenção de lucro por entidades sem fins lucrativos ao, por exemplo, editar a Súmula n. 724, que prevê:

Ainda quando alugado a terceiros, permanece imune ao IPTU o imóvel pertencente a qualquer das entidades referidas pelo art. 150, VI, c, da Constituição, desde que o valor dos aluguéis seja aplicado nas atividades essenciais de tais entidades.

Não interesse de onde provêm as receitas das entidades, podendo ser de atividades comerciais (meio), inclusive, e normalmente o é. O que importa é para onde elas vão, sendo obrigatória a aplicação delas nas finalidades das instituições, definidas no estatuto de cada uma delas. O que é proibido, repita-se, é a distribuição do lucro entre os componentes (associados, diretores, conselheiros etc.) das entidades sem fins lucrativos, conforme prevê o art. 14, I, do Código Tributário Nacional.

Quando as entidades não recebem verbas de órgãos públicos ou entes políticos estamos diante de *convênios* - bilaterais, por definição - nos quais não necessariamente há o envolvimento de repasse e/ou pagamento de valores. O *acordo de cooperação* previsto pela Lei n. 13.019/14, no artigo 2º, VIII-A, trata justamente do relacionamento de parceria realizado entre o poder público e as entidades (chamadas por tal lei de *organizações da sociedade civil - OSC*) “que não envolvam a transferência de recursos financeiros”.

Prestação de serviços pressupõe obrigatoriamente o pagamento de valores pelos entes políticos para as entidades privadas para que elas consigam desenvolver as atividades combinadas nos instrumentos jurídicos respectivos.

Parcerias pressupõem obrigatoriamente o repasse de verbas financeiras dos entes políticos para as entidades privadas para que elas consigam desenvolver as atividades combinadas e atingir as metas previstas nos instrumentos jurídicos que norteiam o relacionamento firmado entre as partes.

O Supremo Tribunal Federal decidiu que a imunidade tributária constitucional de entidades sem fins lucrativos que atuam na assistência social, educação e saúde, abrange as instituições que desenvolverem atividades voltadas aos hipossuficientes e também aquelas que obtêm lucro com a prestação de serviços ao cobrarem daqueles que têm recursos. Eis trecho de tal decisão:¹²

[...] No preceito, cuida-se de entidades beneficentes de assistência social, não estando restrito, portanto, às instituições filantrópicas. Indispensável, é certo, que se tenha o desenvolvimento da atividade voltada aos hipossuficientes, àqueles que, sem prejuízo do próprio sustento e o da família, não possam dirigir-se aos particulares que atuam no ramo buscando lucro, dificuldade que está, pela insuficiência de estrutura, a prestação do serviço pelo Estado. Ora, no caso, chegou-se à mitigação do preceito, olvidando-se que nele não se contém a impossibilidade de reconhecimento do benefício quando a prestadora de serviços atua de forma gratuita em relação aos necessitados, **procedendo à cobrança junto àqueles que possuam recursos suficientes. [...] Em síntese, a circunstância de a entidade, diante, até mesmo, do princípio isonômico, mesclar a prestação de serviços, fazendo-o gratuitamente aos menos favorecidos e de forma onerosa aos afortunados pela sorte, não a descaracteriza, não lhe retira a condição de beneficente. Antes, em face à escassez de doações nos dias de hoje, viabiliza a continuidade dos serviços, devendo ser levado em conta o somatório de despesas resultantes do funcionamento e que é decorrência do caráter impiedoso da vida econômica. [...]**

Houvesse impossibilidade legal ou fática de obtenção de lucro pelas entidades sem fins lucrativos no desenvolvimento de atividades-meio para que o resultado operacional seja investido nas suas atividades-fim elas não teriam razão para existir.

12. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2028/Distrito Federal. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. DJ 146 02/08/1999.

3 A CONCEITUAÇÃO DE TAXA DE ADMINISTRAÇÃO

Quando se proíbe a cobrança da *taxa de administração* invariavelmente ela é identificada como um valor fixo a ser pago pelo ente político à entidade sem fins lucrativos em razão da realização de atividade profissional por esta prevista em instrumentos jurídicos vários, tais como convênios, contratos etc.

Normalmente se entende que é proibido o pagamento de tal *taxa* sem que haja comprovação de sua aplicação em despesas comprovadamente originadas ou decorrentes daquela atividade profissional desenvolvida, como se fosse *preço* fixo de remuneração ou de honorários.

Constantemente se entende que é possível o pagamento de valores pelos entes políticos ou órgãos públicos às entidades pela realização de *despesas administrativas* decorrentes do desenvolvimento da atividade combinada nos instrumentos jurídicos.

Ou seja, pagar preço sem comprovação da utilização dos valores em despesas decorrentes da operação da atividade combinada não pode. Mas poderá ocorrer o pagamento se houver a comprovação da vinculação e utilização daquela quantia no pagamento de despesas que tenham fato gerador na execução da operação da atividade propriamente dita.

Por isso, talvez, o artigo 47 da Lei n. 13.019/14, revogado pela Lei n. 13.204/15, fazia menção a algumas atividades administrativas específicas que compõem os *custos indiretos* necessários à execução do objeto das parcerias, tais como, internet, transporte, aluguel, telefone, serviços contábeis e assessoria jurídica.

O vigente Decreto n. 8.726/16, que regulamentou a Lei n. 13.019/14, trouxe na redação do seu artigo 39 a mesma especificação acima mencionada, acrescentou as despesas com consumo de água e luz e facultou a possibilidade de inclusão de outros custos ali não especificados, pois fez menção a “entre outras despesas”, de onde se denota que o rol ali inserido é exemplificativo e não taxativo.

O Tribunal de Contas da União conceituou *taxa de administração* como sendo *a remuneração supostamente devida à entidade conveniada pelo gerenciamento das atividades previstas no convênio, calculada na forma de um percentual sobre o total do montante de recursos públicos repassado*.¹³

13. TCU, Acórdão nº 235/03 – Plenário. Rel. Min. Ubiratan Aguiar, DOU de 28/03/03; Acórdão nº 1146/03 – Plenário. Rel. Min. Walton Alencar, DOU de 25/08/03; Acórdão nº 191/1999 – Plenário. Rel. Min. Walton Alencar, DOU de 04/11/99; Acórdão 1.542/08 – Plenário. Rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti, DOU de 08/08/2008.

A ministra Ana Arraes, do Tribunal de Contas da União, no julgamento do TC 034.036/2011-3, afirmou, à época em que a conceituação *despesa administrativa* ainda não era clara e não existia norma jurídica específica tratando de tal assunto:

[...] se não há norma legal que defina o que é despesa administrativa, pior é defini-la ‘a posteriori’ e mais, não aceitá-la em detrimento da norma que não trata esta condição coma excepcionalidade.

[...] somando-se a tudo isso, não há ementas de julgados da Corte do TCU até o ano de 2010 que tratem das matérias relativas à despesa administrativa em convênios com entidades privadas sem fins lucrativos.

Pode-se afirmar que as *despesas operacionais ou administrativas* de uma entidade sem fins lucrativos envolvem tudo aquilo que é necessário para cumprir um objetivo pactuado com o poder público, direta ou indiretamente. As expressões *custos indiretos*, *despesas operacionais*, *custos operacionais*, *custos administrativos* e *despesas administrativas* seriam sinônimas para a conceituação do aqui pretendido, portanto. E a utilização da nomenclatura *taxa de administração* estaria definitivamente afastada da sua inserção em instrumentos jurídicos que envolvam entidades sem fins lucrativos e a administração pública, pois ela foi irremediavelmente contaminada e rotulada no mundo jurídico como algo ruim, apesar de não o ser, necessariamente.

As entidades precisam sobreviver do desenvolvimento de suas próprias atividades. Veja-se, por exemplo, que a Lei n. 9.790/99 (artigo 1º, § 1º) é clara ao prever que aquelas qualificadas com o título de *OSCIPIs* – *Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público* - podem sobreviver dos vínculos jurídicos que possui com a administração pública. Prevê tal diploma legal:

Art. 1º. [...]

§1º Para os efeitos desta Lei, considera-se sem fins lucrativos a pessoa jurídica de direito privado que não distribui, entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores, eventuais excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplica integralmente na consecução do respectivo objeto social. (grifei)

Ora, como poderiam existir “*excedentes operacionais ... auferidos mediante o exercício de suas atividades.*” se não houvesse a possibilidade de a receita ser maior que a despesa, gerando, conseqüentemente, resultado financeiro?

4 ALGUMAS NORMAS JURÍDICAS QUE PROÍBEM A PREVISÃO DA COBRANÇA DE *TAXA DE ADMINISTRAÇÃO* E DECISÕES QUE RATIFICAM TAL POSIÇÃO

Pouco mudou em relação ao assunto aqui tratado desde a elaboração do parecer de 2009, no que diz respeito a não aceitabilidade da previsão da *taxa de administração* pelos entes políticos e principalmente pelos órgãos de controle interno e externo nos instrumentos jurídicos de regência das relações bilaterais estabelecidas.

A primeira normatização a respeito da proibição da cobrança da *taxa de administração* surgiu com a Instrução Normativa n. 01/97, da Secretaria do Tesouro Nacional (IN/STN), que previu:

Art. 8º É **vedada** a inclusão, tolerância ou admissão, nos convênios, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade do agente, de cláusulas ou condições que prevejam ou permitam:

I - realização de despesas a título de taxa de administração, de gerência ou similar; [...] (gr)

A Portaria Interministerial n. 127/08 estabeleceu, ao trazer as normas para a execução do disposto no Decreto n. 6.170/07:

Art. 39. O convênio ou contrato de repasse deverá ser executado em estrita observância às cláusulas avençadas e às normas pertinentes, inclusive esta Portaria, sendo **vedado**:

I - realizar despesas a título de taxa de administração, de gerência ou similar; (gr)

A Portaria Interministerial CGU/MF/MP n. 507/11, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, do Ministério da Fazenda e da Controladoria-Geral da União, estatuiu:

Art. 52. O convênio deverá ser executado em estrita observância às cláusulas avençadas e às normas pertinentes, inclusive esta Portaria, sendo **vedado**:

I - realizar despesas a título de **taxa de administração**, de gerência ou similar; (gr)

Eis o previsto na Resolução SS n. 116/12, da Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo:

Artigo 1º - Fica **vedada**, no âmbito da Pasta, a retenção de valores, **a título de taxas de administração**, ou assemelhados, dos repasses financeiros devidos, às Organizações Sociais de Saúde, em função da execução de contratos de gestão, sejam aqueles destinados ao custeio ou

a investimentos. (sic) (gr)

Argumento contrário à possibilidade de cobrança da *taxa de administração* e até de reembolso constou do acórdão n. 579/12 – Plenário, do Tribunal de Contas do Estado do Paraná, na ocasião em que aquela Corte analisou a prestação de contas do município de Foz do Iguaçu. Eis trecho de tal decisão:

[...] 9.2. com base no art. 47 da Lei 8.443/1992, converter os presentes autos em Tomada de Contas Especial e ordenar a citação do Município de Foz do Iguaçu/PR, com fundamento no art. 12, inciso II, do mesmo diploma legal, em decorrência do desvio de finalidade na aplicação de recursos do Sistema Único de Saúde destinados ao atendimento ambulatorial e hospitalar de média e alta complexidade, para que, no prazo de 15 dias, apresente alegações de defesa ou recolha aos cofres do Fundo Nacional de Saúde os **valores indevidamente transferidos à [...] para custear despesas administrativas de sua sede**, localizada no estado de São Paulo, a título de fomento público à organização social, conforme a seguir discriminado: [...] (gr)

A Resolução n. 28/11, do Tribunal de Contas do Estado do Paraná, regulamenta os requisitos para a formalização, a execução, a fiscalização, a prestação de contas, e respectivo encaminhamento àquela Corte, das transferências de recursos estadual e municipal repassados mediante convênio, termo de parceria, contrato de gestão ou outro instrumento jurídico celebrado em regime de colaboração, às entidades privadas sem fins lucrativos. O art. 9º, I, desta resolução, veda a transferência de recursos públicos sob o título de *taxa de administração*. Eis a sua redação:

Art. 9º É **vedada** a inclusão, no termo de transferência, sob pena de nulidade, de sustação do ato e de imputação de responsabilidade pessoal ao gestor e ao representante legal do órgão concedente, de cláusulas ou de condições que prevejam ou permitam: (gr)

I – realização de despesas a título de **taxa de administração**, de gerência ou similar; (gr)

Consultado especificamente sobre a norma do TCE/PR acima transcrita, Gustavo Justino de Oliveira concluiu que “*a. O art. 9º da Resolução nº 28/11 pode ser considerado inconstitucional por prever normas gerais sobre contratação; b. O art. 9º da Resolução nº 28/11 pode ser considerado ilegal por constituir uma extrapolação das competências normativas atribuídas pela LOTCE ao Tribunal de Contas do Estado do Paraná.*”

A título de exemplo do entendimento de Tribunais de Contas a respeito do assunto, cita-se a seguinte decisão:

[...] Esta E. Corte já decidiu que **a cobrança da referida taxa para a execução do convênio caracteriza a formação de vínculo de cooperação entre as partes**, configurando ganho econômico não permitido para instrumento da espécie (TC's 2617/007/07 e 1675/002/08, sob a relatoria do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho). Ademais, apesar de terem alegado tratar-se de despesas administrativas (custos operacionais), não trouxeram qualquer documentação que comprovasse que as mesmas estavam atreladas à execução do convênio. Assim, voto no sentido da regularidade da prestação de contas dos recursos repassados pela Prefeitura Municipal de Araraquara à Fundação de Apoio à Ciência, Tecnologia e Educação no exercício de 2011, no valor R\$ 42.000,00 (quarenta e dois mil reais), e da **irregularidade** do valor de R\$ 4.200,00 (quatro mil e duzentos reais), **repassado a título de taxa administrativa**, condenando a beneficiária a devolvê-lo, devidamente atualizado, de acordo com a variação do índice IPC-FIPE até a data do efetivo recolhimento. Fica a Entidade suspensa para novos recebimentos, enquanto não regularizar a situação perante este Tribunal.¹⁴ (gr)

Vê-se que a vedação da previsão do pagamento da chamada *taxa de administração* nos Contratos de Gestão decorrentes da parceria firmada entre entes políticos e entidades sem fins lucrativos continua a ser regra geral, apesar de alguns lampejos favoráveis a ela.

5 A CONTRIBUIÇÃO DO ARTIGO 56 DA LEI N. 12.873/13 COM O DEBATE¹⁵

A Lei n. 12.872/13 é composta por sessenta e quatro artigos e trata de pelo menos dezessete assuntos diferentes, não necessariamente interligados entre si, e constrói verdadeiro retalho normativo e emaranhando próprio do legislador brasileiro.

Lá pelas tantas, de forma isolada, sem contexto, sem decorrência lógica do artigo imediatamente anterior e nem do posterior, sem capítulo e nem título específicos, surge o artigo 56 na referida lei, assim redigido:

Art. 56. As entidades privadas filantrópicas e as entidades

14. TCE/SP, TC – 000781/010/12, 1ª Câmara, Sessão de 01.04.2014, Prefeitura Municipal de Araraquara, Conselheiro Renato Martins Costa.

15. Parte dos argumentos foram extraídos de artigo escrito por Josenir Teixeira em julho/2014, intitulado “Há correlação entre a taxa de administração e o artigo 56 da Lei n. 12.873/13?”, publicado no livro *Opiniões 4*, edição própria em 2018, pp. 99/113.

sem fins lucrativos podem repassar às suas mantenedoras recursos financeiros recebidos dos entes públicos, desde que expressamente autorizado no instrumento de transferência, observados a forma e os limites estabelecidos no instrumento de transferência e na legislação, quando houver.

Devemos esquartejar o artigo em núcleos para depois analisar individualmente o seu conteúdo, visando (tentar) entender a intenção do legislador, num exercício de hermenêutica:

- A) as entidades privadas filantrópicas e as entidades sem fins lucrativos
- B) podem repassar às suas mantenedoras
- C) recursos financeiros recebidos dos entes públicos,
- D) desde que expressamente autorizado no instrumento de transferência, observados a forma e os limites estabelecidos no instrumento de transferência e na legislação, quando houver.

A redação do artigo se inicia com redundância desnecessária e imperfeição técnica, pois *entidades privadas* e *entidades sem fins lucrativos* encerram a mesma ideia e natureza jurídica de *associação*, conforme previsto no artigo 44, I, do Código Civil.¹⁶

O adjetivo *filantrópicas* se refere ao substantivo *filantropia* e não tem o condão de criar nenhuma pessoa de natureza jurídica distinta da associação, tratando-se de mera circunstância diferenciadora da entidade que se pode dar, por exemplo, a partir da obtenção de títulos públicos, como o CEBAS - Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social -, que no passado (até 2001) se chamava CEFF – Certificado de Entidade de Fins filantrópicos. Este é apenas um ângulo que pode ser utilizado para analisar a redação do artigo 56, dentre outros que poderiam ser aqui cogitados.

A redação do artigo 56, acima transcrito, autoriza o repasse de recursos financeiros recebidos dos entes políticos pelas entidades “às suas mantenedoras”, desde que haja cláusula específica neste sentido prevista no instrumento jurídico.

Deixadas as imperfeições técnicas, linguísticas e redundâncias de lado e partindo diretamente para o fim, pode-se concluir que o artigo 56 autoriza que as entidades sem fins lucrativos que firmarem instrumentos jurídicos com entes públicos criem filiais e que estas repassem à sua mantenedora (a matriz) “recursos financeiros recebidos” deles (dos entes públicos).

16. Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado: I - as associações; [...]

Observe-se que o texto do artigo 56 não classifica nem nomeia especificamente quais seriam os “*recursos financeiros recebidos dos entes políticos*”. Ao mencionar os *recursos financeiros* de forma genérica, como fez, o artigo pode estar se referindo às verbas relativas ao custeio, ao investimento ou mesmo ao pagamento da *taxa de administração*, numa interpretação livre, ampliada e direcionada.

O legislador não previu a hipótese legal de que uma mesma entidade pudesse ser qualificada como Organização Social por mais de um ente político de forma concomitante¹⁷. Tanto é verdade que as centenas de leis municipais e estaduais que tratam deste assunto preveem particularidades e situações que somente seriam passíveis de ser atendidas localmente, como a transferência do patrimônio a uma entidade sediada no seu âmbito geográfico e político, no caso da extinção da instituição, e a publicação do balanço no Diário Oficial editado por aquele ente político.

Afirma-se isso porque, contrariamente à previsão da lei federal de Organizações Sociais - n. 9.637/98 - o artigo 56 da Lei n. 12.873/13, ao que tudo indica, parte da premissa da necessária criação de uma filial para que esta dependência fiscal faça o repasse de recursos financeiros às suas *mantenedoras*.

A parte final da redação do artigo 56 em questão prevê que os “recursos financeiros recebidos dos entes públicos” podem ser repassados pelas entidades ali mencionadas “às suas mantenedoras”, “desde que expressamente autorizado no instrumento de transferência”.

Ora, se o “instrumento de transferência”, aqui interpretado como podendo ser contrato administrativo, contrato de gestão, termo de parceria, convenio etc., prevê a possibilidade da realização do tal repasse, para que haveria a necessidade de lei para dizer exatamente a mesma coisa que já consta dele? Neste particular, ao que tudo indica, a lei não inovou e nada mais fez do que confundir os atores envolvidos nos relacionamentos jurídicos havidos entre o Primeiro e o Terceiro Setores, já tão conturbado.

A redação do artigo 56 da lei em comento é genérica e ampla, mas sua previsão pode ser utilizada como argumento válido para se juntar a outros embasamentos legislativos e doutrinários que visem o convencimento de gestores públicos quanto à aceitação da previsão do repasse de valores relativos às despesas incorridas pelas entidades sem fins lucrativos nos

17. Abordei parcialmente este assunto no artigo intitulado “A indevida utilização da formação do Conselho de Administração das Organizações Sociais federais pelos Estados e Municípios”, publicado na Revista de Direito do Terceiro Setor - RDTS - ano 6, n. 12, p. 125-153, jul/dez 2012. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

instrumentos jurídicos que nascerem da parceria entabulada entre eles e estas.

E tal previsão legal não deixa de ter a sua importância no que diz respeito à observância do princípio da legalidade (CF, art. 5º, II), vez que positiva a possibilidade de repasse de recursos financeiros, da forma ali tratada, e supera eventual discussão em relação à até então inexistência de permissão expressa.

6 POSSIBILIDADE DE COBRANÇA DE VALORES PARA PAGAMENTO DE CUSTOS INDIRETOS

A doutrina ainda diverge sobre a possibilidade de cobrança da *taxa de administração*, conforme se vê das seguintes opiniões:

[...] iii. Não obstante o conteúdo jurídico da **taxa de administração** ter sido cunhado para servir aos propósitos dos convênios, o conteúdo jurídico da taxa de administração, nos moldes previstos pelo Estado do Pará, em contratos de gestão firmados com organizações sociais, é plenamente válido, pois se encontra de acordo com a vigente regulamentação dos convênios no âmbito federal, principalmente o previsto na Portaria Interministerial nº 127/08, art. 39, parágrafo único;¹⁸ (grifei)

Diante deste cenário entendemos que a **cobrança pura e simples de taxa de administração** nos convênios firmados com a Administração Pública é **prática vedada pelo ordenamento pátrio**, por configurar desvio de finalidade e remuneração da entidade conveniada.¹⁹ (grifei)

A ilegalidade das taxas de administração em contratos sustenta-se no argumento de que o preço pago deve ser justo, sendo que, se a remuneração é obtida por meio de um percentual calculado sobre uma base qualquer, não se pode ter certeza de que signifique um padrão aceitável. Essa exegese de sólido esforço intelectual deve ser homenageada, pois há densidade jurídica em sua construção. Ocorre que tenho dúvidas acerca dessa conclusão, pois se assim o for, o BDI, *verbi gratia*, poderia ser considerado ilegal, pois nada mais é do que o percentual relativo às despesas indiretas que incide sobre a composição de custos diretos, vez que é exigido que esses custos incorporem todos os encargos - mobilização/desmobilização da obra, administração da obra, administração central, encargos financeiros, etc. -

18. Gustavo Justino de Oliveira, ob. cit. p. 141.

19. Marcelo Ricardo Escobar. “Possibilidade jurídica de cobrança de taxa de administração em convênios firmados com a Administração Pública”. TEIXEIRA, Josenir. Opiniões 4. São Paulo: edição própria, 2018. (inédito ao tempo da sua citação)

que oneram os serviços a serem executados. É, pois, uma projeção que não necessariamente reflete os precisos custos incorridos. O estabelecimento dos preços nos contratos de gestão deve ser analisado à luz do inciso III do parágrafo único do art. 26 da Lei nº 8.666/93, que busca o preço justo da aquisição, aferido pela comparação com os preços praticados no mercado. Nesse sentido, se o valor pago pela Administração estiver condizente com os de mercado, **nada obstante englobe eventual taxa de administração** - que remunera os encargos operacionais da organização social, **não percebo ilegalidade nessa composição de preços**. Não é a denominação das parcelas componentes do preço que impõe sua ilegalidade, ou não, mas a discrepância do valor com os valores praticados pela Administração. [...] ²⁰ (gr)

Alternativamente à maculada denominação de *taxa de administração* e à própria natureza jurídica desta cunharam-se outras expressões e posturas governamentais em relação ao assunto. É mais adequado falar-se em *taxa de fomento*, *CCC - Central de Custo Compartilhado*, *CCC - Custo Corporativo Centralizado*, ou expressão que o valha, por ocasião da previsão de tal circunstância nos instrumentos jurídicos de regência de relacionamentos.

A Lei n. 13.019/14 avançou na desmistificação da mágica administrativa que as entidades têm que fazer, e que assim continua a ser imaginada pelos governos e órgãos de controle, quando previu que elas deveriam identificar nos planos de trabalho os custos com despesas indiretas vinculados à realização do objeto da parceria, tais como os acima mencionados, e que constavam do seu artigo 47, § 1º. Tal dispositivo foi revogado pela Lei n. 13.204/15 que, no lugar daquela previsão expressa de despesas, estabeleceu de forma mais genérica e ampla a possibilidade de pagamento de “*custos indiretos necessários à execução do objeto, seja qual for a proporção em relação ao valor total da parceria*” (art. 46, III) “*com recursos vinculados à parceria*” (caput do art. 46), ou seja, repassados pelos entes políticos às entidades sem fins lucrativos. Eis a previsão da Lei n. 13.019/14:

Art. 46. Poderão ser pagas, entre outras despesas, com recursos vinculados à parceria:

[...]

III - custos indiretos necessários à execução do objeto, seja qual for a proporção em relação ao valor total da parceria;

20. FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. É possível o pagamento de taxa de administração em contratos de gestão celebrados com organizações sociais? Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 4, n. 48, dez. 2005. In Gustavo Justino de Oliveira, ob. cit. p. 126.

Houve avanço nessa mudança legislativa, pois o revogado art. 47 restringia a 15% (quinze por cento) do valor total do instrumento de parceria “o pagamento dos custos indiretos necessários à execução do objeto” do seu objeto. Tal limite deixou de existir, com a revogação do artigo que o previra.

O Decreto federal n. 8.726/16, que regulamentou a Lei n. 13.019/14, tratou de ressuscitar, consolidar e positivar exemplos de despesas operacionais, ao estabelecer o abaixo transcrito, sem limitação àquele percentual (de quinze por cento):

Art. 25. Para a celebração da parceria, a administração pública federal convocará a organização da sociedade civil selecionada para, no prazo de quinze dias, apresentar o seu plano de trabalho, que deverá conter, no mínimo, os seguintes elementos:

[...]

V - a previsão de receitas e a estimativa de despesas a serem realizadas na execução das ações, incluindo os encargos sociais e trabalhistas e a discriminação dos custos indiretos necessários à execução do objeto;

Art. 39. Os custos indiretos necessários à execução do objeto, de que trata o inciso III do caput do art. 46 da Lei nº 13.019, de 2014, poderão incluir, entre outras despesas, aquelas com internet, transporte, aluguel, telefone, consumo de água e luz e remuneração de serviços contábeis e de assessoria jurídica.

Antes de tais normas legais, a Portaria Interministerial CGU/MF/MP n. 507/11 já previa possibilidade semelhante, sendo que, à época, também trazia limitações percentuais, o que, em tese, deixou de existir a partir da edição e consequente aplicação superveniente do Decreto n. 8.726/16, o que certamente produzirá novas discussões a respeito do assunto. Previu a Portaria:

Art. 52. O convênio deverá ser executado em estrita observância às cláusulas avençadas e às normas pertinentes, inclusive esta Portaria, sendo vedado:

[...]

Parágrafo único. Os convênios celebrados com entidades privadas sem fins lucrativos, **poderão acolher despesas administrativas** até o limite de 15% (quinze por cento) do valor do objeto, desde que expressamente autorizadas e demonstradas no respectivo instrumento e no plano de trabalho. (gr)

E ainda mais anterior que a norma acima mencionada, a Portaria Interministerial MP/MF/CGU n. 342/08, que alterou a Portaria Interministerial n. 127/08, trazia na sua redação:

Art. 39. [...]

Parágrafo único. Os convênios ou contratos de repasse celebrados com entidades privadas sem fins lucrativos, **poderão acolher despesas administrativas** até o limite de quinze por cento do valor do objeto, desde que expressamente autorizadas e demonstradas no respectivo instrumento e no plano de trabalho. (NR) (gr)

O Decreto n. 6.170/07 foi parcialmente alterado pelos Decretos ns. 8.180/13 e 8.244/14, e prevê a limitação de *quinze por cento do valor do objeto*:

Art. 11-A. Nos convênios e contratos de repasse firmados com entidades privadas sem fins lucrativos, poderão ser realizadas despesas administrativas, com recursos transferidos pela União, até o limite fixado pelo órgão público, desde que:

[...]

II - não ultrapassem quinze por cento do valor do objeto;

[...]

§ 1º Consideram-se despesas administrativas as despesas com internet, transporte, aluguel, telefone, luz, água e outras similares.

§ 2º Quando a despesa administrativa for paga com recursos do convênio ou do contrato de repasse e de outras fontes, a entidade privada sem fins lucrativos deverá apresentar a memória de cálculo do rateio da despesa, vedada a duplicidade ou a sobreposição de fontes de recursos no custeio de uma mesma parcela da despesa.

Art. 11-B. Nos convênios e contratos de repasse firmados com entidades privadas sem fins lucrativos, é permitida a remuneração da equipe dimensionada no programa de trabalho, inclusive de pessoal próprio da entidade, podendo contemplar despesas com pagamentos de tributos, FGTS, férias e décimo terceiro salário proporcionais, verbas rescisórias e demais encargos sociais, desde que tais valores:

Art. 12-A. A celebração de termo de execução descentralizada atenderá à execução da descrição da ação orçamentária prevista no programa de trabalho e poderá ter as seguintes finalidades:

[...]

IV - ressarcimento de despesas.

[...]

§ 2º Para os casos de ressarcimento de despesas entre órgãos ou entidades da administração pública federal, poderá ser dispensada a formalização de termo de execução descentralizada.

Alguns entes políticos aceitam, concordam ou autorizam a cobrança de valores por meio de *rateio* por parte das entidades sem fins lucrativas parceiras deles para pagamento das despesas operacionais realizadas por ela na execução do objeto do contrato. É o caso, por exemplo, do estado de São Paulo, que em 1998 iniciou a parceria com entidades que ele mesmo qualificou como Organizações Sociais e previu a possibilidade de realização de *rateio* somente em 2012, catorze anos depois, por meio da Resolução SS 116, da Secretaria de Saúde, em dispositivo assim redigido:

Art. 2º. Na hipótese de concentração, pela Organização Social de Saúde, de parte dos serviços gerenciais em suporte técnico direto à Administração, vinculado ao contrato de gestão, **será admitida a cobrança por rateio**, para cada contrato, condicionada à demonstração contábil-financeira da despesa operacional. (gr)

Na prática acontece mais uma situação de suspense que a possibilidade de *rateio* de despesas traz às entidades e que ainda não foi definida de forma terminativa, causando insegurança jurídica para as entidades sem fins lucrativos que parceirizam com entes políticos.

Exemplifico. Imaginemos uma entidade que possui dez contratos de gestão com dez entes políticos diferentes, municipais e estaduais. Como ela concentra a direção de tais unidades numa sede administrativa ela pode se valer do *rateio* de despesas para encontrar o valor que cada parceiro público deverá contribuir mensalmente para pagamento dos custos operacionais gastos naquela sede administrativa/filial, que, também concebemos, são de R\$1 milhão.

Os dez equipamentos de saúde administrados pela entidade possuem infraestrutura instalada diferentes. Digamos que dois hospitais possuam cem leitos cada, outro dois tenham duzentos e cinquenta cada, dois contem com cento e cinquenta leitos cada e três das filiais são UPAs, cada uma com porte técnico diferente. Qual deveria ser o critério aplicável para se encontrar o valor a ser pago por cada um dos entes políticos para somar o R\$1 milhão de despesas operacionais mensais da sede/filial administrativa da entidade objeto de nosso exemplo?

Um dos critérios razoáveis usualmente aceitos pelos entes políticos e praticados pelas instituições é o número de empregados de cada unidade

de saúde gerida pela entidade. Com a sua aplicação, a filial que possui mais empregados pagará valor maior do que aquela que possui menos e assim, proporcionalmente, divide-se entre todos os contratantes o R\$1 milhão de despesas operacionais mensais que a entidade gasta na sua sede administrativa.

Acontece que há entes políticos que insistem em discutir o motivo pelo qual a entidade gastou R\$1 milhão de despesas na sua sede administrativa, que é o valor a ser rateado entre todos eles, e questionam os valores e honorários profissionais pagos pela entidade a advogados, contadores, auditores, administradores, médicos, tecnologia da informação (TI), enfermeiros, recepcionistas, faxineiros, motoboy, água, luz, internet, aluguel, condomínio, copa, assinatura de periódicos e de TV a cabo, atualização de softwares, troca de computadores, compra de servidores, de nobreak e de demais suprimentos de informática e mais um número sem fim de custos corriqueiros havidos cotidianamente num escritório.

Teriam os entes políticos legitimidade para questionar as despesas realizadas pela entidade na sua sede administrativa e o valor pago por ela aos assessores jurídicos e/ou contábeis, por exemplo, e até sugerir a troca deles por outros “mais baratos”, o que diminuiria o valor a ser rateado e, com isso, reduziria a quantia mensal a ser paga por determinado ente político? E mesmo que tais assessores profissionais sejam da confiança da diretoria estatutária da entidade, deveria ela se subjugar ao desejo do ente político e substituí-los por outros apenas em razão do preço? Isso não é possível, pois implicaria em verdadeira ingerência da entidade e em interferência estatal no seu funcionamento por parte do poder público, o que é proibido pelo art. 5º, XVIII, da Constituição Federal.

Faltam razoabilidade e legitimidade aos entes políticos para questionar ou opinar a respeito da composição das despesas operacionais mensais realizadas pelas entidades nas suas sedes administrativas. Todavia, isso ocorre no dia a dia delas, mesmo estando todos os custos contabilizados e orçados financeiramente no exercício anterior, eis que alguns são ordinários e dependerão apenas do dimensionamento do universo de instrumentos jurídicos assinados pela entidade que servirá de base de cálculo para a divisão das despesas operacionais mensais.

Não bastasse tudo isso, tratamos até aqui de despesas minimamente previsíveis. Todavia, ainda há que se fazer os seguintes questionamentos práticos que ocorrem no dia a dia das entidades: e quando ocorrem despesas extraordinárias, além das ordinárias previsíveis, durante a gestão realizadas por elas?

Como prever, no momento da elaboração da proposta financeira para um certame, o pedido de horas extras na Justiça do Trabalho de um empregado que entende ser delas credor? Como prever o pleito de diferença de grau de insalubridade, que irá depender de laudo técnico a ser produzido no âmbito da ação trabalhista? Como prever a gravidez de uma empregada e a geração de custos com a contratação de outra pessoa para desempenhar suas funções no seu lugar durante o período de gestação? Como prever a doença e afastamento de um empregado, o que exigiria a sua substituição temporária ou permanente? Como prever um acidente de trabalho e os custos causados por essa situação extraordinária? Como prever a demissão de um empregado desidioso que impede a entidade de cumprir o objetivo da parceria firmada com o poder público e o pagamento das suas verbas rescisórias, inclusive a multa de 40% do FGTS? De onde viria o dinheiro para pagar essas despesas intangíveis e impossíveis de serem previstas e/ou mensuradas no momento da celebração da parceria das entidades com o poder público?

Ora, se as entidades não podem obter lucro/superávit no desenvolvimento das suas atividades não há condições para acumular riqueza nem realizar aplicações em instituições financeiras e não têm elas condições de manter reserva a ser utilizada em casos excepcionais como os acima mencionados, por exemplo.

As situações constantes dos exemplos aqui trazidos, a rigor, não podem ser imaginadas no momento da elaboração da planilha relativa aos custos indiretos que constarão da proposta de trabalho das entidades que pretendam se relacionar com a administração públicas. Mas, se tais despesas se concretizarem, as entidades não terão como suportar o pagamento delas, diante dos argumentos casuísticos aqui mencionados, o que, de novo, causará enorme insegurança jurídica a incidir sobre os relacionamentos pretendidos entre as instituições e o poder público.

Trata-se de labirinto legal criado pelo legislador que precisa ser resolvido, sob pena de desistência das entidades em ajudar o poder público no atendimento da população por meio das várias possibilidades hoje existentes, mas que estão mingando na mesma medida em que situações jurídicas incontornáveis se concretizam e inviabilizam a manutenção financeira delas.

Fernando Borges Mânica assim se manifestou sobre a possibilidade de utilização de recursos públicos para pagar despesas operacionais das entidades, mesmo que desvinculadas do objeto principal da parceria:

De outro bordo, questão bastante discutida nas parcerias com o terceiro setor refere-se à possibilidade de aplicação dos recursos públicos em despesas de custeio diversas daquelas diretamente relacionadas ao objeto do ajuste. Trata-se da polêmica questão dos custos indiretos, que podem assumir a forma de *despesas administrativas* e *taxa de administração*. O tema é de grande importância para o terceiro setor, já que muitas entidades dependem exclusivamente de repasses do Poder Público para o desempenho de suas atividades sociais e para sua própria subsistência.

Por *despesas administrativas ou operacionais* entende-se o conjunto de gastos necessários à realização de uma atividade ou projeto, mas que não tem relação direta com o produto final da avença. São assim consideradas despesas relativas a aluguel, secretaria, material de limpeza, energia elétrica, telefone, assessoria jurídica e assessoria contábil, combustível, internet, dentre outras tantas. Já a *taxa de administração* é entendida como um percentual incidente sobre o valor total da avença que é apropriado pela entidade para o pagamento de gastos gerais não identificados.

O tema foi objeto de debates pelos órgãos de fiscalização e controle, sendo que durante muito tempo prevaleceu a ideia de que os recursos financeiros repassados pelo Poder Público a entidades do terceiro setor apenas poderiam ser aplicados em gastos diretamente vinculados ao objeto das parcerias com o terceiro setor. Atualmente, esse pensamento tem sido superado na disciplina de todas as modalidades de parcerias com o terceiro setor. Legislação e jurisprudência têm admitido o emprego de recursos públicos em despesas de apoio à execução do objeto contratado. É o que ocorre expressamente com as chamadas *despesas administrativas*, referidas de modo expresse na normatização dos convênios a partir de 2014, e com os *custos indiretos* previstos na Lei nº 13.019/14, e implicitamente nas demais modalidades de parceria.

Nesse sentido, é forçoso concluir que, além das com obras, reformas, equipamentos e instalações, **também as despesas administrativas desvinculadas do objeto imediato da parceria podem ser pagas com recursos provenientes do Poder Público, desde que previstas no Plano de Trabalho e instrumentais à consecução da avença.** (grifei)²¹

Vê-se, portanto, que é plenamente possível - e imprescindível - utilizar recursos públicos para pagar as despesas havidas pelas entidades sem fins lucrativos, mesmo as indiretas e que possam não ter relação com

21. Artigo intitulado “Objeto e natureza das parcerias sociais: limites para a execução privada de tarefas estatais e o novo direito do terceiro setor”, publicado no livro “Parcerias com o terceiro setor: as inovações da Lei nº 13.019/14. Fabrício Motta, Fernando Borges Mânica, Rafael Arruda Oliveira (Coord.) 2. Edição – Belo Horizonte: Fórum, 2018. pp. 131/2.

o objeto da parceria, num primeiro momento, desde que as instituições façam-nas constar de forma pormenorizada, detalhada e clara nas planilhas que instruirão suas propostas financeiras e que posteriormente comprovem documentalmente que as verbas foram gastas exatamente da forma planejada ou que haja explicação plausível e justificável para não tê-lo feito, eventualmente.

7 AS CIRCUNSTÂNCIAS QUE IMPEDEM AS ENTIDADES POSSUÍREM RECURSOS PRÓPRIOS

Há centenas de entidades sem fins lucrativos que tiveram condições de, ao longo do tempo, constituir patrimônio. Isso se deveu ao desenvolvimento de atividades várias, todas de meio, realizadas a partir da pactuação de instrumentos jurídicos com pessoas jurídicas privadas e públicas que criaram as condições favoráveis à existência de superávit financeiro que foi transformado em bens móveis e imóveis.

Outra forma de aquisição de patrimônio é a doação que pessoas físicas e jurídicas direcionam às entidades, mais volumosas no século passado e menos constantes nos dias de hoje.

Não é rara a exigência de entes políticos e órgãos públicos que as entidades sem fins lucrativas que com eles pretendam firmar parcerias possuam patrimônio ou recursos próprios oriundos de fontes que não apenas os tesouros estatais. Ora, isso não é possível a centenas de entidades que vivenciaram situações diferentes daquelas acima mencionadas ao longo da sua existência e que não permitiram a construção de retaguarda financeira e nem foram aquinhoadas com doações, não possuindo, portanto, nenhum patrimônio constituído e nem outras fontes de recursos - próprios - para sua subsistência, a não ser a advinda do relacionamento com o poder público.

O impedimento da existência de lucro/superávit por parte das entidades sem fins lucrativos nos relacionamentos havidos com a administração pública importará na inexistência de recursos próprios ou patrimônio por partes delas, como é obvio se concluir.

Curitiba publicou, em junho de 2018, edital²² de chamamento para entidades sem fins lucrativos qualificadas por tal município como organizações sociais que tivessem interesse em firmar parceria na gestão de unidades de saúde públicas e, “para assegurar a plena execução do ajuste”, exigiu que elas prestassem garantia na forma de “caução em dinheiro

22. BRASIL. Prefeitura Municipal de Curitiba. Processo Administrativo n. 01-045264/2018. Autorização n. 1234/2018. Item 15.8 do Edital.

ou títulos da dívida pública” “correspondente a 5% do valor global do contrato”, o que importaria em aproximadamente R\$1.000.000,00 (um milhão de reais).

Ora, como as entidades podem caucionar tal valor se elas fossem proibidas de ter margem de lucro/superávit nos negócios realizados com o poder público? Como elas podem acumular patrimônio financeiro para caucionar o exigido se não for com o resultado (receita menos despesa) oriundo da realização das suas atividades-meio? Se isso não é viável, inclusive juridicamente, como é que a entidade vencedora daquele certame terá condições de ser proprietário de R\$ 1 milhão livres, desimpedidos e disponíveis para depositar em caução nos cofres do município de Curitiba?

Vê-se que ainda há longo caminho jurídico a ser trilhado para solução de pendências conceituais e operacionais a respeito da casuística prática havida e desenvolvida nos diversos relacionamentos jurídicos firmados entre as organizações da sociedade civil e o poder público.

CONCLUSÃO

As atividades desenvolvidas pelas entidades que compõem o Terceiro Setor complementam as realizadas pelo Estado, que não consegue, sozinho, cumprir a contento as obrigações que lhe foram impostas pela Constituição Federal, muito menos com a qualidade exigida pelos cidadãos.

Em vários casos, tais atividades têm a função de substituir o Estado no desenvolvimento de determinados serviços, pois este se mostra ausente, omissivo ou inerte, em razão da precariedade de sua organização, atuação ou mesmo respeito por parte da sociedade daquele poder constituído. Agindo assim, as entidades sem fins lucrativos atuam na promoção da cidadania em suas diversas facetas, vertentes e conceitos, propiciando e contribuindo com a sociedade para ratificar garantias que são inerentes à dignidade da pessoa humana e constituem-se em direitos fundamentais previstos e assegurados pela Constituição Federal.²³

Seminários realizados pelo Brasil afora tratando da utilização do modelo de gestão inaugurado pela qualificação de entidades sem fins lucrativos como Organizações Sociais confirmam o acerto na escolha e utilização do sistema de parceria entre o Poder Público e elas, que se mostra viável, eficaz e eficiente para imprimir mudanças palpáveis na melhoria do atendimento das pessoas na área da saúde.

23. TEIXEIRA, Josenir. *O Terceiro Setor em perspectiva: da estrutura à função social*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 153.

É clara a legalidade da possibilidade de obtenção de lucro/superávit pelas entidades sem fins lucrativos, devendo elas observar a regra estampada no art. 14, I, do Código Tributário Nacional, de não distribuição de qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas a integrantes do seu quadro associativo ou órgãos de administração.

É impossível às organizações da sociedade civil se sustentarem financeiramente sem a obtenção de superávit nas atividades-meio que desenvolverem junto a pessoas jurídicas privadas ou públicas. O assunto é tratado por normas jurídicas arcaicas e desconectadas do sistema capitalista brasileiro. Esse tabu precisa ser enfrentado sem máscaras, sem subterfúgios, sem hipocrisia, sem tentativa de criminalização de atitudes adequadas que encontram enquadramentos válidos previstos na legislação.

A menção à existência de *taxa de administração* em instrumentos jurídicos firmados entre entidades sem fins lucrativos e entes políticos ou órgãos públicos é entendida como sacrilégio e deve ser evitada. A previsão de *taxa de administração* fixa e sem comprovação da sua utilização também não se sustenta, diante da existência de várias normas legais que expressamente a proíbem.

Isso não quer dizer, todavia, que as entidades não possam ter todos os custos indiretos - os diretos são previstos nos instrumentos jurídicos que regem a parceria - incorridos para alcançar o objetivo combinado ressarcidos, reembolsados e/ou indenizados pelos seus parceiros, inclusive e principalmente públicos, visando o pagamento das despesas operacionais várias que devem estar minimamente estimadas, indicadas, retratadas e detalhadas de forma clara na planilha de preços da proposta financeira a ser apresentada desde o primeiro momento em que ela se dispuser a participar de chamamento público para firmar parceria com entes políticos. Tais custos indiretos devem ter relação intrínseca com as atividades desenvolvidas para se atingir o objetivo da parceria e/ou prestação de serviços pactuada e que delas decorram.

Não obstante a isso, prováveis e potenciais despesas operacionais decorrentes do desenvolvimento da atividade das instituições, mesmo intangíveis e extraordinárias, devem ser sinalizadas e valoradas por ocasião da elaboração da planilha de preço que irá compor a proposta financeira, a partir da expertise e experiência profissional que a entidade tiver acumulado na atuação em outros projetos do mesmo porte.

Os instrumentos jurídicos devem retratar expressamente a vontade das partes e as entidades devem zelar para que cláusulas que contemplem as situações aqui tratadas sejam inseridas de forma clara e objetiva neles,

visando positivar e autorizar a prática operacional que será implantada na execução deles, sob pena de, assim não procedendo, sobre as organizações da sociedade civil serem instaurados procedimentos administrativos e judiciais que certamente questionarão a adoção de postura que não estava prevista nos diplomas de regência do relacionamento.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN n. 1.923, voto de agosto de 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN n. 2028. Pleno. Rel.: Ministro Joaquim Barbosa. DJ 146 02/08/1999.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. ADIN n. 130.726-0/7-00.

BRASIL. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, Pleno, TC-002149/006/02, Sessão de 05.05.2004, item 16. Município de Patrocínio Paulista. Disponível em www.tce.sp.gov.br.

BRASIL. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, TC – 000781/010/12, 1ª Câmara, Sessão de 01.04.2014, Prefeitura Municipal de Araraquara, Conselheiro Renato Martins Costa.

BRASIL. Tribunal de Contas da União, Acórdão nº 235/03 – Plenário. Rel. Min. Ubiratan Aguiar, DOU de 28/03/03; Acórdão nº 1146/03 – Plenário. Rel. Min. Walton Alencar, DOU de 25/08/03; Acórdão nº 191/1999 – Plenário. Rel. Min. Walton Alencar, DOU de 04/11/99; Acórdão 1.542/08 – Plenário. Rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti, DOU de 08/08/2008.

BRASIL. Prefeitura Municipal de Curitiba. Processo Administrativo n. 01-045264/2018. Autorização n. 1234/2018. Item 15.8 do Edital.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. É possível o pagamento de taxa de administração em contratos de gestão celebrados com organizações sociais? Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 4, n. 48, dez. 2005. In parecer de Gustavo Justino de Oliveira, ob. cit. p. 126.

MÂNICA, Fernando Borges. Objeto e natureza das parcerias sociais: limites para a execução privada de tarefas estatais e o novo direito do terceiro setor. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coord.). Parcerias com o terceiro setor: as inovações da Lei nº 13.019/14. Fabrício Motta, 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 107-135 (131/2). ISBN 978-85-450-0483-7

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 12. ed., São Paulo: Malheiros, p. 609.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Administração privada temporária de caráter interventivo em banco estatal negociada consensualmente com o Banco Central: implicações da lei no. 8.666/93. In: Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, a. 12, n. 4, p. 178-188, abr. 1996. p. 183.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Taxa de administração prevista em contratos de gestão firmados com organizações sociais: típicos instrumentos de fomento público para entidades do terceiro setor”. In: Revista de Direito do Terceiro Setor - RDTS - Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 117-141, jan/jun de 2009.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira. Terceiro Setor – Coleção Temas de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2003.

SIQUEIRA, Graciano Pinheiro. Registro civil das pessoas jurídicas: cautelas elementares e principais questões. In YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato, et.al. (Coord.). Direito notarial e registral avançado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 274

TEIXEIRA, Josenir. A indevida utilização da formação do Conselho de Administração das Organizações Sociais federais pelos Estados e Municípios. In: Revista de Direito do Terceiro Setor - RDTS - ano 6, n. 12, p. 125-153, jul/dez 2012. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

TEIXEIRA, Josenir. O Terceiro Setor em perspectiva: da estrutura à função social. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 153.

TEIXEIRA, Josenir. Há correlação entre a taxa de administração e o artigo 56 da Lei n. 12.873/13? In: Opiniões 4. São Paulo: edição própria, 2018. p. 99-113.

CAPÍTULO 27

ELETRICIDADE E IMPACTO AMBIENTAL TROCANDO HIDRELÉTRICAS POR TERMELÉTRICAS

LEONARDO MICHEL ROCHA STOPPA

Graduado em Ciências Políticas (2017) e Economia (2018) pela The Open University, Engenharia de Produção (2018) Engenharia Ambiental (2018) pela Universidade Salgado de Oliveira, Administração (2016) pela Universidade Castelo Branco, Licenciatura em Física (2016) pelo Centro Universitário do Sul de Mina, Engenharia Elétrica e Eletrônica (2016) pela Edxel/Pearson. Especialização em Jornalismo Político (2015) e Língua Portuguesa (2015) pela AVM educacional LTDA, Engenharia Elétrica com Ênfase em Sistemas (2015) pela Sociedade Educacional de Santa Catarina, Engenharia de Segurança do Trabalho (2015) pela Universidade Candido Mendes. Mestrando em Ciências Jurídicas pela AMBRA College.

INTRODUÇÃO

Este trabalho explora o tema geração de eletricidade tendo como foco o resultado ambiental da troca de geradoras hidrelétricas por geradoras termelétricas. Primeiramente será feito um breve histórico da geração de energia elétrica do Brasil, abordando temas técnicos e políticos relacionados ao setor. A fim de desmistificar o ponto de vista empírico acerca da adoção plena de fontes alternativas como solar e eólica, algumas das características técnicas do sistema elétrico são apresentadas, dentre elas os conceitos de produção concomitante ao consumo e o conceito de geração firme. Nos capítulos posteriores são apresentados os mais importantes impactos sociais, econômicos e ambientais resultantes da substituição do investimento na planta hidrelétrica por alternativas termelétricas, assim, é demonstrado que, além da poluição ambiental, existe também o prejuízo econômico

resultante do aumento da energia elétrica no país, que tende ocasionar não apenas o aumento na conta de luz mas a redução da capacidade industrial acompanhada de redução salarial e/ou desempregos. Na sequência é feita uma comparação e contraste dos impactos ambientais das modalidades termelétrica e hidrelétrica. São elencados os impactos causados de forma local, regional e global para as duas modalidades de geração, com enfoque especial à poluição da água e do ar. Por fim e é exposta a conclusão do autor no sentido de advogar a favor da adoção de um maior número de geradoras hidrelétricas “a fio d’água” em substituição à tendência atual de se investir em usinas termelétricas.

1 ABORDAGEM HISTÓRICA

De acordo com CEMIG¹, o início da utilização comercial da energia elétrica no Brasil se deu em 1979 quando Dom Pedro II concedeu a Thomas Edison o direito de exploração de serviços de iluminação pública na atual central do Brasil. Em 1883 foi inaugurada a primeira usina hidrelétrica do país e também o primeiro serviço de iluminação pública. De lá pra cá várias usinas hidrelétricas foram construídas e um importante marco neste período foi a promulgação em 1934 do código das águas por Getúlio Vargas, que aumentava o poder de controle estatal sobre as geradoras de eletricidade. Após o referido código, Vargas criou em 1939 o CNAE - Conselho Nacional das Águas, que criava ainda mais regulações para o setor.

A regulamentação das termelétricas aconteceu em 1940 e a participação e regulação do estado foi crescendo cada vez mais. A partir de 1945 é criada a CHESF - primeira empresa de eletricidade de âmbito federal, a CEMIG – Centrais Energéticas de Minas Gerais e outras empresas energéticas estatais. Como banco de fomento, é criado o BNDE – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico. A Eletrobrás foi criada em 1961 e em 1963 entrou em operação a usina hidrelétrica de Furnas, que foi por anos maior hidrelétrica do Brasil. A preponderância estatal se consolida ainda mais em 1979 com a estatização da Light Serviços de Eletricidade S/A.

A nova fase do setor se inicia em 1990 quando o então presidente Fernando Collor implementou o programa de privatizações. Com auxílio ao modelo mercadológico, foram criados o SINTREL – Sistema Nacional de Transmissão de Energia Elétrica, com a finalidade de viabilizar competição nos setores de geração, transmissão e distribuição. Em 1997 foi criada a

1. CEMIG. A história da eletricidade no Brasil. [online] disponível em <http://www.cemig.com.br/pt-br/a_cemig/Nossa_Historia/Paginas/historia_da_eletricidade_no_brasil.aspx>. Acesso em 11 de Junho de 2018

ELETRONUCLEAR, responsável pelas usinas nucleares brasileiras e no mesmo ano nasce o órgão regulador ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica.

No governo Fernando Henrique Cardoso houve uma forte influência da ideologia liberal sobre o mercado brasileiro. Guiado pelas diretrizes do Consenso de Washington, o então presidente adotou uma agenda de privatizações que é até hoje criticada por uma parte da sociedade. De forma controversa e sem justificativa científica, o governo daquela época priorizou a construção de térmicas, como registra CEMIG “O presidente Fernando Henrique Cardoso lançou o Programa Prioritário de Termelétricas visando a implantação no país de diversas usinas a gás natural.”² Mais controverso que desprezar o potencial hídrico brasileiro foi o motivo do apagão, muito divulgado pela imprensa e registrado como verdade histórica:

Nesse ano [2001], o Brasil vivenciou sua maior crise de energia elétrica, acentuada pelas condições hidrológicas extremamente desfavoráveis nas regiões Sudeste e Nordeste. Com a gravidade da situação, o governo federal criou, em maio, a Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica (GCE), com o objetivo de “propor e implementar medidas de natureza emergencial para compatibilizar a demanda e a oferta de energia elétrica, de forma a evitar interrupções intempestivas ou imprevistas do suprimento de energia elétrica”. Em junho, foi implantado o programa de racionamento nas regiões Sudeste, Centro-Oeste e Nordeste e, em agosto, em parte da região Norte.³

Embora o apagão tenha ficado na mente dos brasileiros exatamente como ficou registrado pela história, alguns cientistas denunciam que o evento não se tratou de força do acaso climático, porém, uma metodologia inadequada de introdução do setor privado combinada com um irresponsável distanciamento estatal.

O episódio do “apagão”, na verdade, resultou de dois aspectos que tinham suas raízes no primeiro mandato. Um deles deriva dos erros no modelo de regulação. A privatização e a criação de marcos regulatórios percorreram caminhos distintos nas diversas áreas, tendo um relativo sucesso no âmbito das Telecomunicações e um retumbante fracasso no setor elétrico. Neste, a soma de equívocos foi fatal: a regulação foi instituída depois de várias empresas já terem sido vendidas para o setor privado, a Agência Reguladora nasceu fraca politicamente e sem uma elite

2. CEMIG, op. cit.

3. Idem.

técnica que a orientasse⁴

De qualquer forma, é importante salientar que ao decidir priorizar a geração térmica em detrimento da hidrelétrica, o governo FHC fez uma opção em favor dos fornecedores de combustível e em desfavor do povo brasileiro no que tange ao resultado econômico, ambiental e social, expandindo sua decisão como sendo em desfavor do mundo no que tange ao aquecimento global, conforme será demonstrado no decorrer deste trabalho.

A planta energética brasileira é hoje diversificada tanto em fontes geradoras quanto em capital público e estatal. Tecnicamente, o sistema é quase todo interligado e as linhas de transmissão receberam reforço nos últimos anos possibilitando a transmissão do excedente de produção entre regiões.⁵ A regulação do sistema é realizada pela ANEEL e a operação acontece de forma centralizada pelo ONS – Operador Nacional do Sistema. Em termos políticos, o governo Temer se esforça no sentido de privatizar o sistema Eletrobrás e já tentou modificar a política de despacho por mérito de custo, o que de certa forma evidencia um maior controle decisivo do poder financeiro sobre o setor elétrico. Após 15 anos do programa emergencial de construção de hidrelétricas, já existem indícios que apontam que a decisão pela construção de térmicas não primou pelo interesse nacional, mas para subsidiar um esquema de enriquecimento ilícito, como escreve Castro para a página do jornal G1: “A Polícia Federal (PF) do Paraná abriu um inquérito policial da Operação Lava Jato para investigar um suposto esquema de corrupção na compra de termoeletricas pela Petrobras durante o governo Fernando Henrique Cardoso”⁶

2 GERAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA

É definido como geração de energia elétrica qualquer processo que converta uma forma alternativa de energia em eletricidade. Para fins deste artigo, o termo energia elétrica se refere à energia produzida por conversão eletromecânica, que são os geradores maioritariamente baseados em indução magnética e a geração fotoelétrica, que consiste na conversão direta

4. COUTO, Cláudio G.; ABRUCIO, Fernando. *O segundo governo FHC:: coalizões, agendas e instituições*. 2003. 33 f. Artigo - Tempo Social – USP, Universidade de São Paulo, São Paulo - SP, 2003.

5. CARVALHO, Rafael Takasaki. *Planejamento de sistemas elétricos*. Joinville: Centro Universitário Tupy, 2014. 154 p.

6. CASTRO, Adriana Justi e Fernando. *PF abre inquérito sobre compra de termoeletricas no governo FHC*. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2016/10/pf-abre-inquerito-sobre-compra-de-termoeletricas-no-governo-fhc.html>>. Acesso em: 11 mar. 2018.

de fótons em eletrodinâmica. Além dos modelos citados, é possível obter a energia elétrica por uma infinidade de meios, como o eletroquímico - a exemplo das pilhas comerciais e a célula combustível, porém, este trabalho limitar-se-á aos métodos predominantes no Sistema Elétrico Nacional. O termo hidrelétrica se refere à geração que faz uso da energia potencial gravitacional da água para girar as turbinas que acionam os geradores, já o termo termelétrico se refere à geração baseada na queima de algum combustível para a produção de vapor.

3 O SISTEMA ELÉTRICO

Uma avaliação socioambiental da geração de energia só se torna possível a partir do momento em que se consegue perceber a energia elétrica como um processo sistêmico, nacional e interligado, assim, admite-se por exemplo, relativizar o sofrimento de alguns integrantes de uma comunidade afetada por um empreendimento hidrelétrico a favor de uma maior disponibilidade de energia para todo território nacional.

A planta energética brasileira é composta por diversas modalidades de geração, sendo que essas modalidades se interligam e se complementam. Contamos com geradoras hidrelétricas de grande porte, como é o caso da binacional Itaipu e Belo Monte, como também contamos com geradoras termelétricas e termonucleares. No segmento de micro geração, temos desde pequenas centrais hidrelétricas até casos de geração distribuída, nos quais é o próprio consumidor que produz energia em casa ou em sua empresa e fornece o excedente de sua produção para o sistema elétrico.⁷

As geradoras hidrelétricas podem possuir grandes reservatórios, o que significa um maior impacto ambiental e social em troca de uma maior segurança energética, como podem acontecer casos em que a geração ocorre simplesmente com o curso normal de água do rio, que são as “usinas a fio d’água”. As termelétricas podem ser desde as grandes usinas como é o caso da Candiota 3, como a geração termelétrica distribuída que faz uso de biogás ou biomassa como fonte de energia e são operadas por produtores rurais.

A possibilidade de participação privada na geração de eletricidade faz com que tenhamos desde geradoras capazes de suprir sozinhas o consumo de grandes metrópoles, a casos de sistemas fotovoltaicos interligados que geram algumas dezenas de watts.

7. CARVALHO, op. cit.

O Brasil possui geradoras espalhadas por todo território nacional e interliga sua geração através de um sistema elétrico que cobre quase todos consumidores do país. O SIN – Sistema Interligado Nacional - permite que a energia consumida em uma região seja produzida em outra, além de garantir maior firmeza e estabilidade ao sistema elétrico. Em termos socioeconômicos e ambientais, o SIN permite que o Brasil priorize a produção de energia limpa em quase todo ano, uma vez que em momentos de seca no Norte, é possível aumentar a produção no Sul e vice-versa, fazendo com que o despacho das usinas termelétricas aconteça de forma suplementar à geração hidrelétrica, não em estados ou regiões, mas em todo o sistema nacional. Como resultado socioeconômico, tem-se como prioridade o despacho de energia pelo menor custo, indiferente da região geográfica, até alcançar o limite de transmissão entre regiões.⁸

Muito se debate acerca da substituição da geração hidrelétrica e termelétrica por fontes sustentáveis, em especial fontes eólicas e solares, porém, pouco se conhece sobre uma importante peculiaridade do sistema elétrico que é a necessidade de a produção acontecer imediatamente no momento do consumo. Ao contrário do que empiricamente se imagina, não é possível a nível nacional, armazenar energia em forma de eletricidade e o que acontece para manter o sistema em funcionamento é uma operação em tempo real que monitora a frequência da energia sistêmica a fim de alcançar sempre o valor mais próximo de 60 ciclos por segundo⁹ Este procedimento é feito através do despacho centralizado pelo ONS – Operador Nacional do Sistema.

Através de métodos estatísticos e monitoração em tempo real, o ONS vai acionando as geradoras a fim de manter a geração sempre compatível com o consumo. O que quero dizer em termos mais simples é que no momento em que você liga uma lâmpada em sua casa, ocorre um aumento da demanda sistêmica e esse aumento ocasiona uma queda na frequência do fornecimento. Para compensar essa queda na frequência a geração aumenta. Claro que é impossível tecnicamente perceber a modificação sistêmica causada por uma lâmpada, mas podemos imaginar o trabalho do ONS como sendo estatístico, levando em conta o momento em que as pessoas chegam em casa e ligam os chuveiros, assim como o momento de maior consumo de energia nas fábricas e no comércio. Através da união de todas essas informações o ONS coordena o momento de acionamento e a quantidade de energia produzida em cada usina operada de forma centralizada.

8. ALBUQUERQUE, André. *Despacho Econômico*. Joinville: Instituto Superior Tupy, 2014. 67 p.

9. CARVALHO, Ricardo José de O. *Análise dos Sistemas Elétricos de Potência*, Joinville: Centro Universitário Tupy, 2014a.

A partir da ideia de coordenação da produção de energia que deve sempre acompanhar o consumo, torna-se possível entender o motivo pelo qual é impossível uma total substituição da geração termelétrica e hidrelétrica por fontes como solar e eólica. Como o trabalho de operação do sistema depende da capacidade de ajuste na quantidade de energia fornecida pela geradora, assim como a capacidade de se ligar a geradora num momento estabelecido e manter a geração constante, tem-se daí a explicação do porque uma geração solar ou eólica ser considerada intermitente e não firme. Como “não podemos estocar o vento” e não temos condições de decidir sobre a existência ou não de nuvens, a produção de energia a partir das fontes alternativas solar e eólica acontece ao acaso da natureza, ao contrário da energia produzida a partir de fontes térmicas e hidráulicas que, por estarem inteiramente sob o controle do operador, são consideradas fontes firmes.

A energia elétrica tem seu preço determinado pelas regras de mercado, assim, a maior procura tende forçar um aumento nos preços como o aumento da oferta tende melhorar a disponibilidade e o preço da energia para toda sociedade. Da mesma forma que os demais produtos, podemos encarar o custo de produção marginal como sendo o determinante do preço spot de uma commodity¹⁰ o que significa que, indiferente do preço praticado no momento anterior, o valor da eletricidade será aquele em negociação no momento da compra. Em termos práticos, compete ao ONS despachar primeiramente as geradoras mais baratas e seguir o despacho por ordem de custo, porém, escassez de água ou mesmo a falta de capacidade de transmissão muitas vezes obriga o operador despachar geradoras termelétricas que chegam a vender a eletricidade por preços 400 vezes mais caros que o preço da mesma energia produzida em geradoras hidrelétricas.¹¹ O resultado social deste despacho emergencial pode ser percebido desde o aumento da tarifa elétrica para o consumidor residencial que acontece quando o presidente permite a alteração da bandeira tarifária, como na redução da viabilidade industrial já que a energia é importante insumo na formação do preço dos produtos.

3.1 TRADE-OFF: MENOS HIDRELÉTRICAS, MAIS TÉRMICAS

Uma vez que se compreende o funcionamento do sistema elétrico, assim como a lógica de produção concomitante ao consumo, percebe-se que não está no poder do estado a substituição da geração hídrica pela solar ou eólica, o que faz com que este trabalho chegue ao seu ponto mais

10. ALBUQUERQUE, op. cit.

11. Idem.

importante que é o trade-off que se tem feito na planta energética brasileira: Toda hidrelétrica não construída significa uma termelétrica construída em seu lugar, e toda vez que se deixa de produzir energia elétrica a partir de água para produzir a partir de fogo, não apenas assinamos embaixo de uma política ambiental de impacto global, como condenamos nosso povo e nossa atividade industrial a um futuro com cada vez menos acesso a energia, por consequente, cada vez menos conforto e menos competitividade industrial.

Apesar de ser notório o trabalho da imprensa (local, regional e nacional) no sentido de condenar e tornar inviável o investimento em hidrelétricas, nada se menciona na mídia ou noticiários a respeito da verdade sobre a substituição de energia limpa e renovável por uma fonte mais poluente e mais cara. Tal comportamento deixa dúvida sobre existir ou uma ignorância sistêmica acerca do assunto ou talvez uma vontade ou predeterminação institucional em se privilegiar termelétricas em desfavor do interesse social, ambiental e nacional.

4 VERDADE CIENTÍFICA E VERDADE PUBLICADA

O forte apelo midiático e jornalístico, assim como a organização de artistas no sentido de protestar contra a construção de geradoras hidrelétricas ao redor do Brasil faz pairar no ar uma dúvida a respeito de quem são os verdadeiros beneficiados com o boicote a um empreendimento de geração de energia, como é o caso da Usina de Belo Monte, que contou não apenas com forte atenção de noticiários de alcance nacional como fez nascer movimentos e ONGs, como o “Movimento Gota d’água”, que teve apoio direto de artistas globais.

Sem muito esforço mental é possível concluir que a construção de hidrelétricas é um afronto direto aos interesses dos donos das térmicas, já que, pela lógica do despacho econômico de energia, a contratação de termelétricas só acontece quando esgotadas as possibilidades de geração hidráulica. Percebe-se neste sentido um conflito direto do interesse social maior: energia elétrica com o menor preço e menor impacto ambiental; contra o interesse do capitalista, cujo lucro depende da escassez da produção de energia a partir de fontes gratuitas como a água.

Nota-se socialmente uma estratégia de comunicação apelativa, que clama sempre por energia renovável, ou energia limpa, excluindo, porém, a possibilidade de geração hidrelétrica do rol das opções renováveis. É o sensacionalismo midiático que, manipulado pelo interesse de grandes corporações, propõe, sem ter a menor noção técnica sobre o assunto, a substituição de uma usina como Belo Monte por usinas eólicas ou solares.

O resultado deste empirismo é a inviabilização de novos projetos de usinas hidrelétricas: Ao perceber o risco de boicote social, o capitalista que em tese investiria em uma usina hidrelétrica acaba por investir seu capital em outro tipo de atividade. Por outro lado, toda tentativa governamental neste tipo de empreendimento é atacada por ONGs como “Movimento Gota d’água”, pela chantagem da imprensa ou de entidades religiosas.

O preço ambiental de se substituir produção de energia a partir de água por energia a partir de carvão não é percebido imediatamente, já que normalmente não existem ONGs ou jornalistas expondo fotos de indiozinhos que perderam sua terra natal para dar lugar a áreas de alagamento. As termelétricas nascem em áreas distantes onde a imprensa convenientemente não chega, porém, os subprodutos da queima de combustíveis fósseis possuem impactos bem mais significativos: A nível local e regional tem-se como resultado o aumento das chuvas ácidas, já que além do dióxido de carbono, é também subproduto da queima de combustíveis fósseis o dióxido de enxofre. A nível global, tem-se o aumento do carbono atmosférico, que tem sido constantemente apontado como responsável pelo aumento do efeito estufa.

Este trabalho não visa explorar de forma profunda alternativas energéticas, mas apenas para que se entenda a convivência política com uma cultura de superconsumo elétrico, trago para reflexão a utilização do chuveiro elétrico no Brasil como uma cultura altamente impactante, tanto em termos ambientais como em termos econômicos.

Por ser o eletrodoméstico de maior consumo em uma residência, o chuveiro é responsável não apenas pelo maior despacho de termelétricas como um maior consumo no reservatório de água. Pelo nível de irradiação solar no Brasil, uma campanha no sentido de subsidiar ou mesmo isentar de impostos a instalação de aquecimento solar em residências seria suficiente para diminuir a demanda sistêmica e com isso diminuir a queima de combustíveis fósseis. Em termos práticos, tal medida jamais seria implementada por um governo já que significaria em prática uma declaração de guerra tanto aos donos de termelétrica quanto aos fornecedores de combustíveis fósseis.

Em uma realidade isenta da manipulação da opinião pública, poder-se-ia conceber a possibilidade do aproveitamento do maior número o possível de quedas d’água para a micro geração distribuída. O esquema aproveitaria todo potencial hidrelétrico viável no sentido de construir geradoras a fio d’água, de modo a causar um mínimo alagamento e o menor distúrbio no curso natural dos rios. A construção de um sistema composto de várias

geradoras em cascata possibilitaria de imediato uma menor sobrecarga nos sistemas de transmissão de energia, já que a produção local poderia servir o consumidor mais próximo, assim como seria possível o aproveitamento dos momentos de menor consumo, como as madrugadas, para não apenas ofertar uma energia com melhor preço, incentivando novos turnos industriais, como a utilização da técnica de bombeamento reverso.

Através do bombeamento reverso, a água cujo potencial gravitacional já foi utilizado para gerar energia é bombeado novamente para cima, de modo a ser acumulada para gerar energia novamente. O modelo, apesar de parecer confuso, trata-se simplesmente de utilizar o período da noite, quando pouca energia é consumida, para gerar eletricidade com o fluxo natural dos rios nas geradoras a fio d'água e utilizar essa energia para reabastecer os reservatórios das hidrelétricas que possuem grandes áreas de inundação, assim, devido à interligação do sistema, uma área de inundação é suficiente para acumular a energia de centenas de geradoras espalhadas pelo Brasil.

Em termos econômicos e ambientais, esse tipo de medida praticamente dispensaria o despacho de geradoras termelétricas, resultando em menor necessidade de alagamento dada a utilização de “usinas a fio d'água”, menor emissão de gases do efeito estufa e gases causadores de chuvas ácidas além de é claro, possibilitar um menor preço da energia com concomitante aumento da viabilidade industrial, impactando em qualidade de vida e geração de empregos.

5 A GERAÇÃO E IMPACTO SOCIOECONOMICO

Este capítulo pretende abordar, de forma simples e compatível com o limite de tamanho deste artigo, o impacto das mais importantes modalidades de geração de energia elétrica, assim, serão avaliados os impactos socioeconômicos das gerações hidrelétrica, termelétrica e termonuclear. Ainda que não admitidas como modalidades substitutivas de geração de energia, as modalidades eólica e fotovoltaica serão comparadas para que se tenha uma ideia da viabilidade e do custo benefício da produção de energia a partir das principais fontes primárias.

Como regra geral, tem-se que quanto maior o valor de construção de uma geradora, menor será seu valor de operação, deste modo, podemos de princípio dizer que a energia mais barata será fornecida pela usina mais cara para se construir, sendo a recíproca verdadeira. O que acontece na prática é que as geradoras hidrelétricas de maior performance e maior capacidade de geração são as que mais demandam investimento, mas uma vez construídas

são as responsáveis pela oferta de energia firme e barata. Também é exemplo de energia de baixo custo aquela fornecida por term nucleares, porém, sua construção, além de envolver muito sensacionalismo e represália internacional, demanda grande investimento financeiro. As fontes alternativas, solar e eólica funcionam praticamente sem custo de operação, porém são as que possuem o maior custo de aquisição por energia gerada.

A tabela a seguir apresenta, para cada modalidade de geração, o custo por MW que é calculado tendo em conta o custo de aquisição da planta por energia gerada e o tempo de amortização do capital.

Tabela 1: Preço da geração de energia elétrica por fonte (R\$/MWh)

Fonte	Custo fixo	CVU(R\$/MWh)	Preço final
Hidrelétrica de grande porte	84,58		84,58
Eólica	99,58		99,58
Hidrelétrica de médio porte	147,46		147,46
Pequena central hidrelétrica	158,94		158,94
Térmica nuclear	145,48	20,13	165,61
Térmica a carvão	159,34	169,09	328,43
Térmica a biomassa	171,44	167,23	338,67
Térmica a gás natural	166,57	186,82	353,76
Térmica a óleo combustível	166,57	505,76	672,33
Térmica a óleo diesel	166,57	630,29	796,86
Solar Fotovoltaica	Não informado		

Fonte: Elaboração própria com dados de BRASIL, s/d.

A fim de tentar preencher a lacuna existente a respeito da geração fotovoltaica, trago a próxima tabela que é um comparativo da realidade norte americana. Observe que, ao contrário do que popularmente se acredita, voltar a opção por geração de energia a partir de fonte fotovoltaica é praticamente impossível para a realidade econômica brasileira pois significaria uma energia cerca de 8 vezes mais cara que a energia hidrelétrica.

Tabela 2: Comparação de custos da energia. (centavos de US\$ por KWh)

Tipo de recurso	Custo médio
Hidrelétrica	2-5
Nuclear	3-4
Carvão	4-5
Gás natural	4-5
Vento	4-10
Geotérmica	5-8
Biomassa	8-12
Célula de hidrogênio	10-15
Solar	15-32

Fonte: Elaboração própria com dados de EÓLICA, s/d.

O argumento empírico acerca do uso de fontes alternativas se torna ainda mais perigoso quando levamos em conta o fato de usinas eólicas serem sim viáveis em termos de preço, mas precisam ser instaladas onde há abundância de vento, o que requer investimento em linhas de transmissão. Por outro lado, temos como obstáculo a inconstância do vento conforme é explicado no item 2.3.4.

O impacto social regional das geradoras de energia elétrica não possui um padrão recorrente. Usinas hidrelétricas as vezes deslocam comunidades, outras vezes prejudicam atividades agropecuárias ou pesqueiras, porém, em certos casos não impactam de forma significativa nas sociedades. Existem casos em que a desapropriação acontece de forma pacífica e acaba por indenizar de forma superavitária os deslocados, assim como algumas vezes famílias estendem casos na justiça por anos na busca de mais indenizações. Como impacto social positivo podemos citar a geração de empregos, que é grande durante sua construção e vai reduzindo até o momento em que entra em operação. Ainda como ponto positivo e com reflexos na geração de empregos, a injeção da produção em subestação mais próxima acaba por aumentar a disponibilidade de energia naquele local, o que pode ser um atrativo para empresas *eletrointensivas* que procurem se estabelecer onde possam contratar energia com maior firmeza.

Usinas termelétricas, quando devidamente operadas, ocasionam poucos impactos sociais negativos, porém, por não serem geograficamente

condicionadas como as hidrelétricas e por disponibilizarem energia firme, podem ser instaladas dentro de distritos industriais, o que as permite fornecer não apenas a eletricidade que será consumida localmente, como também energia sob forma de vapor.¹² A alta disponibilidade energética ocasionada por tais usinas acaba por tornar o empreendimento viável sob o ponto de vista social, porém, nem todas as termelétricas são construídas em regiões industriais conforme o exemplo. A maioria delas é instalada em regiões rurais, sem oferecer os mencionados impactos sociais positivos.

Usinas eólicas e solares são modalidades de geração que, apesar de não apresentarem o mesmo retorno financeiro que os anteriores, já recebem certa atenção, seja através de empreendimento experimental subsidiado, seja através de iniciativa das empresas que já atuam no setor e buscam um argumento de sustentabilidade. Como tais usinas normalmente se encontram em pontos onde existe uma disponibilidade especial de sol ou vento, tais geradoras exigem para funcionar, que seja realizada toda uma infraestrutura de transporte de energia. Como essa estrutura de transporte serve para o escoamento bilateral de produção, podemos destacar como impacto social positivo de tais empreendimentos a interligação de regiões distantes do país, que agora com disponibilidade energética, podem receber investimentos industriais, gerando desenvolvimento econômico nessas localidades.

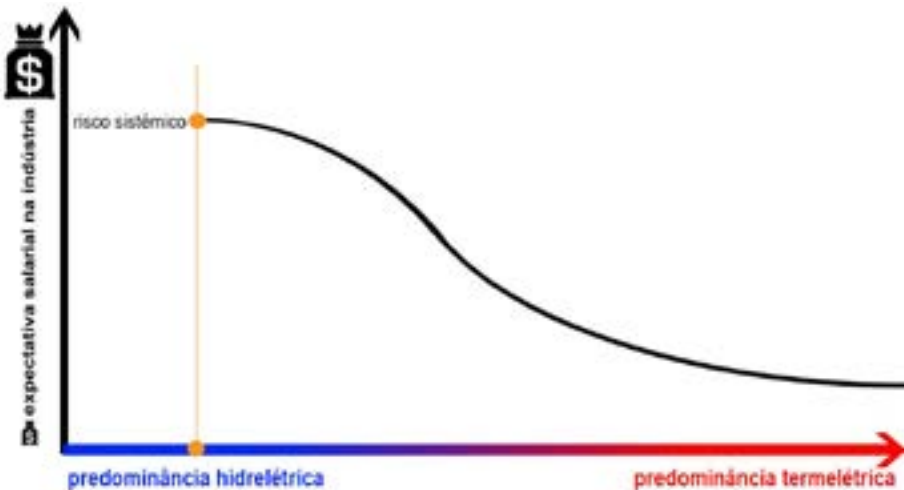
Para fins de avaliação do impacto na atividade industrial, precisamos considerar primeiramente que, de acordo com a lei econômica da oferta e da procura, podemos afirmar que a procura por um determinado bem tende aumentar com a redução do seu preço. Utilizando o mesmo pensamento neoclássico, podemos dizer que uma das formas de calcular o preço de um produto é somar os insumos de produção, a mão de obra e o lucro do empresário.

Sendo a energia elétrica um importante insumo na atividade industrial, podemos concluir que a medida em que aumenta o preço da energia, maior será o preço do produto, porém, como o preço internacional do produto é definido pelo mercado e não pela simples vontade do produtor, e conclusivo que o aumento do valor da energia elétrica será de alguma forma compensado pela redução da mão de obra, o que pode ser traduzido em salários menores na sociedade brasileira, ou, em caso de resistência por parte dos trabalhadores em aceitar redução salarial, inviabilidade industrial com a migração do capital para outra atividade.

12. PSC, Public Service Commission. *Environmental Impacts of Power Plants*. 2015. 20 p. Report, Public Service Commission of Wisconsin, Madison, 2015.

Repetindo tudo o que foi dito de forma bem simples: Ao aumentar o valor da energia elétrica, a indústria precisa obrigatoriamente reduzir o salário dos trabalhadores para continuar competitiva no mercado, o que significa que a medida em que abrimos mão de fontes hidrelétricas em favor de termelétricas, mais e mais sacrificamos a economia nacional. O gráfico a seguir é uma simulação do salário dos trabalhadores em função da fonte predominante na planta energética.

Gráfico 1 - Salários na indústria em função da composição matriz energética



Fonte: Elaboração própria

6 COMPARANDO O IMPACTO AMBIENTAL

Os impactos ambientais ocasionados por geradoras de energia acontecem desde sua construção e se estendem por sua operação. Individualmente os impactos podem ser temporários ou permanentes, negativos e às vezes positivos. Como exemplo de impactos negativos temos alagamentos de áreas que eram antes usadas para cultivo, habitação ou reservas arqueológicas, assim como temos a geração de ruído sonoro e visual por indústrias termelétricas ou aero geradores. Existem casos em que projetos de geração de energia acabam produzindo um resultado ambiental positivo, que é quando os impactos positivos superam os negativos.

Nesta parte do trabalho não se discute o balanço ambiental de cada modalidade de geração, mas os diversos impactos ambientais ocasionados pelas duas principais fontes geradoras que são a termelétrica e a hidrelétrica.

Objetiva-se com a exposição dos diferentes tipos de impacto, provar que a opção por desprezar a produção hidrelétrica em favor da termelétrica não é preservação ambiental já que apesar de não ocasionar alagamentos, a geração térmica impacta silenciosamente e de forma muito mais devastadora que a geração hidrelétrica.

6.1 IMPACTOS AMBIENTAIS DA GERAÇÃO HIDRELÉTRICA

Os impactos imediatamente perceptíveis são as inundações e a interferência nos cursos naturais dos rios. Inevitavelmente tais inundações tendem eliminar grandes áreas e sacrificam animais e vegetações. Inatomi e Udaeta¹³ lembram que apesar de haver esforço na recuperação de animais de maior porte, animais menores são deixados à própria sorte. Como resultado das inundações, temos também a emissão de metano advinda da decomposição da vegetação, o que demonstra que também as hidrelétricas são responsáveis pela emissão de gases do efeito estufa.

Inatomi e Udaeta detalham as alterações hidrológicas, climáticas, sismológicas e geológica causadas pelas hidrelétricas:

Implantação de hidrelétricas pode gerar impactos ambientais na hidrologia, clima, erosão e assoreamento, sismologia, flora, fauna e alteração da paisagem. Na hidrologia impacta com a alteração do fluxo de corrente, alteração de vazão, alargamento do leito, aumento da profundidade, elevação do nível do lençol freático, mudança de lótico para lântico e geração de pântanos. Impacta no clima alterando temperatura, umidade relativa, evaporação (aumento em regiões mais secas), precipitação e ventos (formação de rampa extensa). Impacta também através da erosão marginal com perda do solo e árvores, assoreamento provocando a diminuição da vida útil do reservatório, comprometimento de locais de desova de peixes, e perda da função de geração de energia elétrica. Na sismologia pode causar pequenos tremores de terra, com a acomodação de placas. Na flora provoca perda de biodiversidade, perda de volume útil, eleva concentração de matéria orgânica e consequente diminuição do oxigênio, produz gás sulfídrico e metano provocando odores e elevação de carbono na atmosfera, e eutrofiza as águas. Na fauna provoca perda da biodiversidade, implica em resgate e realocação de animais, somente animais de grande porte

13. INATOMI, Thais Aya Hassan; UDAETA, Miguel Edgar Morales. Análise dos impactos ambientais na produção de energia dentro do planejamento integrado de recursos. [s/d]. 14 f. (Engenharia de Energia) - Grupo de Energia do Departamento de Engenharia de Energia e Automação Elétricas da Escola Politécnica da Universidade de São Paulo (GEPEA-USP), São Paulo – SP

conseguem ser salvos, aves e invertebrados dificilmente são incluídos nos resgates, e provoca migração de peixes.¹⁴

Percebe-se como peculiaridade da geração hidrelétrica o fato de seu impacto ser em grande parte atribuído ao reservatório de água e não à utilização do potencial gravitacional da água como fonte de energia para geração de eletricidade. É indiscutível que a redução da velocidade da água resultante da conversão de sua energia potencial em energia elétrica causa alterações no ciclo hidrológico, mas vejamos agora os impactos resultantes da opção alternativa que é a geração termelétrica.

6.2 IMPACTOS AMBIENTAIS DA GERAÇÃO TERMELÉTRICA

Apesar de existirem usinas termelétricas que utilizam como combustível a biomassa de bagaço de cana, o gás proveniente de biodigestor e outros tipos de biomassa, Costa¹⁵ explica que 80% da energia consumida pelo homem advém de combustíveis fósseis, o que conduz este trabalho no sentido de elencar os impactos provenientes das termelétricas movidas a derivados de petróleo ou carvão mineral. Também se destaca o fato de a intenção deste trabalho estar no sentido de em contrastar as opções termelétrica hidrelétrica. As geradoras movidas a biomassa fazem aproveitamento da biomassa disponível e são construídas em função da existência desta biomassa e não em função de necessidade setorial ou demanda latente por energia¹⁶

A alteração do lençol freático, da disponibilidade de água e da qualidade da água na região da usina hidrelétrica é um importante impacto que deve ser imediatamente elencado. Embora muito se conheça acerca do impacto no ambiente aquático causado pelas hidrelétricas, pouco se noticia a respeito de impactos semelhantes causados pelas térmicas. Termelétricas fazem uso de água para produção de vapor e para o funcionamento do sistema de refrigeração. Parte desta água evapora e parte desta água é devolvida ao meio ambiente com suas propriedades alteradas. Além da alteração de temperatura, podem haver contaminantes, entre eles metais pesados como o mercúrio.¹⁷ Como resultado da poluição do ar, assunto do próximo parágrafo, pode haver também a acidificação das águas. Inatomi e Udaeta explicam que

A acidificação das águas é proveniente da presença de ácidos

14. Idem, p. 5

15. INATOMI e UDAETA, op. cit.

16. CARVALHO, op. cit.

17. PSC, op. cit.

como o sulfúrico (H_2SO_4) e o nítrico (HNO_3) formados na atmosfera, em função da queima de combustíveis fósseis e os elementos liberados na queima: dióxido de enxofre (SO_2) e óxidos de nitrogênio (NO_x).¹⁸

A poluição do ar acontece de forma local, regional e global. Conforme observam Inatomi e Udaeta:

A obtenção de eletricidade por meio de combustíveis fósseis é a principal fonte de óxidos de enxofre (SO_x , SO_2), óxidos de nitrogênio (NO_x , NO e NO_2), dióxido de carbono (CO_2), metano (CH_4), monóxido de carbono (CO) e particulados (entre eles o chumbo Pb).¹⁹

A existência de óxidos na atmosfera proporciona o evento da chuva ácida já que na atmosfera a água se combina com esses óxidos e se torna ácida. Chuvas ácidas podem acarretar vários prejuízos para a humanidade e os óxidos produzidos em uma termelétrica podem ser carregados para distâncias de até 1000km da fonte geradora.²⁰ Localmente, não apenas os gases tóxicos como particulados podem ser responsáveis por doenças na população local.²¹ lembra o perigo que particulados menores que 2.5 micrones apresentam à população, já que penetram mais facilmente nas regiões mais profundas do sistema respiratório.

Ainda sobre a poluição do ar, vale destacar que o dióxido de carbono tem sido apontado por cientistas como o maior responsável pelo aquecimento global.²² Por ser opaco à radiação infravermelha, a camada cada vez maior de dióxido de carbono retém cada vez mais o calor na superfície terrestre, o que tem ocasionado mudanças climáticas com prejuízos para a agricultura, derretimento de geleiras e acontecimento de catástrofes.

6.3 TRADE OFF AMBIENTAL – TERMELÉTRICAS POR HIDRELÉTRICAS

Conforme já comentado, este trabalho parte pelo pressuposto que a energia elétrica é necessária e indispensável ao ser humano em seu atual nível de desenvolvimento, assim, não se discute o mérito do consumo, mas a forma menos impactante deste consumo. Debates ideológicos que foquem atenção em alternativas economicamente inviáveis e tecnicamente impossíveis são deixados de lado e parte-se pela permissa de que ao evitar

18. INATOMI e UDAETA, op. cit., p. 4.

19. Idem, p.4.

20. Ibidem

21. PSC, op. cit.

22. INATOMI e UDAETA, op. cit.

a construção de uma hidrelétrica opta-se por construir uma termelétrica no seu lugar, deste modo, compara-se os produtos concorrentes e não as alternativas que ocupam o campo da abstração. Assim como em realidade cotidiana, ao trabalhador de chão de fábrica em refeitório de empresa é facultado escolher entre carne bovina ou suína não lhe restando a opção caviar, para a realidade econômica brasileira, sonhar com uma usina eólica ou solar substituindo um projeto hidráulico é abrir mão da sensatez científica e partir para o campo do debate político ideológico que em muito tem prejudicado o resultado prático das políticas energéticas.

Livre da interferência sensacionalista e empírica da imprensa, entidades religiosas e ONGs, poderíamos imaginar um futuro em que a maioria dos reservatórios seriam dispensados, e como apresentado anteriormente, nossa planta poderia alcançar um alto nível de produção de energia elétrica majoritariamente produzida por usinas “a fio d’água”, o que reduziria drasticamente os impactos causados pela geração de energia.

Por outro lado, os impactos causados pela geração termelétrica não estão relacionados à coordenação das geradoras, mas ao resultado da geração, assim, enquanto na geração hidrelétrica o maior número de geradoras diminui o impacto geral já que cada vez mais dispensa a necessidade dos reservatórios, o aumento no número de geradoras termelétricas trabalha na direção contrária, aumentando a emissão de poluentes, gerando afluentes contaminados, reduzindo lençol freático e alterando a temperatura dos cursos d’água.

CONCLUSÃO

Este trabalho explorou o tema geração de eletricidade tendo como foco o resultado ambiental da troca de geradoras hidrelétricas por geradoras termelétricas. Primeiramente foi feito um breve histórico da geração de energia elétrica do Brasil, seguindo pela apresentação resumida das mais importantes formas de geração de energia elétrica. Algumas das características técnicas do sistema elétrico foram apresentadas, dentre elas os conceitos de produção concomitante ao consumo e o conceito de geração firme. Nos capítulos posteriores foram apresentados os mais importantes impactos sociais, econômicos e ambientais resultantes da substituição do investimento na planta hidrelétrica por alternativas termelétricas, deste modo, procurou-se demonstrar que, além da poluição ambiental, existe também o prejuízo econômico resultante do aumento da energia elétrica no país, que tende ocasionar não apenas o aumento na conta de luz mas também a redução da capacidade industrial acompanhada de redução

salarial e/ou desempregos. Na sequência foi feita uma comparação dos impactos ambientais das modalidades termelétrica e hidrelétrica. Foram elencados os impactos causados de forma local, regional e global para as duas modalidades de geração, com enfoque especial à poluição da água e do ar. Por fim, foi exposta a conclusão do autor em defesa da adoção de um maior número de geradoras hidrelétricas “a fio d’água” em substituição à tendência atual de se investir em usinas termelétricas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, André. Despacho Econômico. Joinville: Instituto Superior Tupy, 2014. 67 p.

BRASIL, Economia e Governo. Preço de geração de energia elétrica por fonte. Disponível em: <http://www.brasil-economia-governo.org.br/wp-content/uploads/2012/07/img_5.jpg>. Acesso em: 11 mar. 2018.

CASTRO, Adriana Justi e Fernando. PF abre inquérito sobre compra de termoeletricas no governo FHC. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2016/10/pf-abre-inquerito-sobre-compra-de-termoeletricas-no-governo-fhc.html>>. Acesso em: 11 mar. 2018.

CARVALHO, Rafael Takasaki. PLANEJAMENTO DE SISTEMAS ELÉTRICOS. Joinville: Centro Universitário Tupy, 2014. 154 p.

CARVALHO, Ricardo José de O. Análise dos Sistemas Elétricos de Potência, Joinville: Centro Universitário Tupy, 2014a.

CEMIG. A história da eletricidade no Brasil. [online] disponível em <http://www.cemig.com.br/pt-br/a_cemig/Nossa_Historia/Paginas/historia_da_eletricidade_no_brasil.aspx>. Acesso em 11 de Junho de 2018

COUTO, Cláudio G. ; ABRUCIO, Fernando. O segundo governo FHC:: coalizões, agendas e instituições. 2003. 33 f. Artigo - Tempo Social – USP, Universidade de São Paulo, São Paulo - SP, 2003.

ELETRONUCLEAR, Eletrobrás. Estudo afirma que energia nuclear é melhor opção para Europa. 2012. Disponível em: <<http://www.eletronuclear.gov.br/tabid/195/Default.aspx?NoticiaID=903>>. Acesso em: 11 mar. 2018.

EÓLICA, ENERGIA. Energia Eólica: Custo e rentabilidade. [s/d] Disponível em <https://evolucaoenergiaeolica.wordpress.com/custo/> Acesso em: 11 mar. 2018.

INATOMI, Thais Aya Hassan; UDAETA, Miguel Edgar Morales. ANÁLISE DOS IMPACTOS AMBIENTAIS NA PRODUÇÃO DE ENERGIA DENTRO DO PLANEJAMENTO INTEGRADO DE RECURSOS. [s/d]. 14 f. (Engenharia de Energia) - Grupo de Energia do Departamento de Engenharia de Energia e Automação Elétricas da Escola Politécnica da Universidade de São Paulo (GEPEA-USP), São Paulo – SP

PSC, Public Service Commission. Environmental Impacts of Power Plants: Custo e rentabilidade. 2015. 20 p. Report, Public Service Commission of Wisconsin, Madison, 2015.

CAPÍTULO 28

O FUTURO DAS LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES E O PROJETO DE LEI N. 6.814/2017

LICURGO MOURÃO

Doutor em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela Universidade de São Paulo (USP), com extensões universitárias na Hong Kong University, na California Western School of Law, na Université Paris 1 Pantheon-Sorbonne e na The George Washington University. Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

Pós-graduado em Direito Administrativo, Contabilidade Pública e Controladoria Governamental pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Conselheiro substituto do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCEMG).

RITA CHIÓ SERRA

Advogada, mestre em Administração Pública pela Fundação João Pinheiro, professora de Controles Democráticos e Despesa Pública da Escola de Contas do TCEMG. Coautora do livro Tribunal de contas democrático. Ex-presidente da Comissão de Licitação e ex-pregoeira oficial do TCEMG.

SÍLVIA MOTTA PIANCASTELLI

Advogada, formada em Administração de Empresas, coautora do livro Controle democrático da administração pública. Servidora no Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.

INTRODUÇÃO

Originalmente conhecido como Projeto de Lei do Senado n. 559/2013, o Projeto de Lei 6.814/2017 está em debate na Câmara dos Deputados desde 2016. Prevê normas gerais para as licitações e contratações da Administração Pública e, se aprovado, revogará as Leis n. 8.666/1993 e 10.520/2002, bem como dispositivos da Lei n. 12.462/2011.

Apresenta, dentre outras inovações: (i) nova modalidade de licitação, denominada *diálogo competitivo*; (ii) a criação do *agente de licitação* como hipótese alternativa à comissão de licitação; e (iii) a exigência do *projeto completo* em substituição aos atuais projetos básico e executivo.

1 O ATUAL SISTEMA DE AQUISIÇÕES E CONTRATAÇÕES DO SETOR PÚBLICO

A Lei n. 8.666/1993 completa 25 anos em 2018, e sua trajetória evidencia a necessidade de aperfeiçoamentos, como maior transparência nas contratações públicas, evitando-se a opacidade¹ típica das instâncias de autoritarismo; a criação de mecanismos capazes de evitar ou minimizar possíveis vulnerabilidades decorrentes da captura do público pelo privado, por meio de esquemas ilícitos² e, ainda, a inclusão de instrumentos visando a assegurar a qualidade dos serviços públicos, no atual cenário de Tecnologia da Informação e Comunicação (TICs).

Para France,³ além da questão da transparência das informações públicas referentes aos certames e contratações, faz-se necessário assegurar que os dados sejam abertos. O Decreto n. 8.777/2016 define-os como sendo

[...] dados acessíveis ao público, representados em meio digital, estruturados em formato aberto, processáveis por máquina, referenciados na internet e disponibilizados sob

1. SCHDLER, Andreas. The Menu of Manipulation. *Journal of Democracy*. Washington DC: Johns Hopkins University Press, 2002. v. 13, p. 36-50. O termo opacidade deve ser entendido conforme conceito estabelecido por Schedler, em contraposição a transparência. Caracteriza as instâncias de autoritarismo incrustadas em ambiente democrático, atuando em seu desfavor.
2. SERRA, Rita C. C.; CARVALHO, João R. C. S. Transparência e prestação de contas como paradigmas indiciários dos aspectos democráticos e éticos nos governos hodiernos. In: CONGRESSO INTERNACIONAL GOVERNO, GESTÃO E PROFISSIONALIZAÇÃO EM ÂMBITO LOCAL FRENTE AOS GRANDES DESAFIOS DE NOSSO TEMPO, 4, 2013, Belo Horizonte. Anais... Belo Horizonte: Fundação João Pinheiro, 2013. Disponível em: <www.fjp.mg.gov.br/>. Acesso em: 28 fev. 2015.
3. FRANCE, Guilherme. *Como prevenir a corrupção nas contratações públicas*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/como-prevenir-a-corrupcao-nas-contratacoes-publicas-03052018>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

licença aberta que permita sua livre utilização, consumo ou cruzamento, limitando-se a creditar a autoria ou a fonte.⁴

Essa abertura é relevante porque favorece o melhor aproveitamento de ferramentais tecnológicos, facilitando o controle, especialmente o social e o externo (Poder Legislativo, com o auxílio dos Tribunais de Contas) pelo cruzamento e comparação de dados.

O uso de tais ferramentais contribui para que a licitação se consolide, atingindo seu objetivo maior: o atendimento do interesse público com a máxima eficiência, tendo em vista que o combate à corrupção no setor público deve considerar em seu raio de ação o sistema de compras e contratações, por sua localização no fluxo das despesas públicas.

A atual Lei de Licitações e Contratos, Lei n. 8.666/1993, com todas suas emendas e modificações, não contém apenas normas gerais, como denotava em sua origem, mas tece minudências, detalhamentos e regras específicas, as quais, muitas vezes, não se ajustam à realidade dos Municípios e Estados brasileiros. Nesse cenário, o atual sistema de aquisições e contratações do setor público, desde a criação do pregão em 2002, clamava por atualização.

A complexidade da ambiência das licitações e contratações exige a observância dos princípios científicos no campo da Administração Pública, da Contabilidade, da Economia e do Direito Administrativo, repercutindo, assim, em sua praxe procedimental. É recomendável que o sistema tenha planejamento e controles reforçados, de modo a evitar repactuações e aditivos, tendo em vista que, por vezes, trata-se de alto investimento de recursos públicos, devendo-se resguardar a flexibilidade necessária para o relacionamento otimizado com as leis de mercado. Para tanto, é preciso cuidar do planejamento, estabelecer claramente as regras da execução, possibilitando, assim, o controle durante todo o fluxo dos procedimentos.

Da leitura do PL n. 6.814/2017, percebe-se o reconhecimento de tais premissas, o que representa um avanço, ao menos em tese, para uma licitação bem-sucedida.

A partir do texto legal, é possível vislumbrar os elementos norteadores da legislação nos novos moldes. São eles: (i) planejamento; (ii) execução orientada; (iii) responsabilização; (iv) inovações; e (v) controle.

Pensamos que, na nova legislação que cuidará do sistema de compras e contratações no setor público, deveriam ser considerados os fatores

4. BRASIL. Presidência da República. Decreto n. 8.777, de 11 de maio de 2016. Institui a Política de Dados Abertos do Poder Executivo federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/civil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8777.htm>. Acesso em: 27 ago. 2018.

integridade e *compliance*,⁵ tanto do setor público quanto das empresas. Seria também desejável que no PL n. 6.814/2017 houvesse uma conexão direta com a Lei n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção).⁶ Sob esse aspecto, o capítulo II-B, que cuida dos crimes em licitações e contratos administrativos, precisa de maior objetividade para que não comprometa a lisura dos procedimentos.

2 O REFORÇO DO PLANEJAMENTO NO PL N. 6.814/2017

A licitação é imperativa para a Administração Pública. A tônica da atual Lei n. 8.666/1993 e todo o seu procedimental exige dos usuários – administração e administrados – destreza em sua compreensão, pautando-se, pelo menos em tese, pelos princípios da moralidade, legalidade, impessoalidade e razoabilidade, apenas para citar os principais, de modo a promover a competição saudável e chegar à proposta mais vantajosa para a Administração. Da leitura do PL n. 6.814/2017 percebe-se maior atenção ao fator planejamento, possivelmente como uma tentativa de se evitarem futuras surpresas nas contratações.

A palavra *planejamento* aparece em diversos artigos do Projeto (art. 5º, XVI, ‘a’, art. 10, VII; art. 16, *caput*; art. 36, *caput*, e art. 67, III, ‘a’); porém, da leitura do art. 4º do PL, onde encontram-se elencados os princípios, ele não está presente, o que, a nosso ver, constitui um equívoco:

Art. 4º Na aplicação desta Lei serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da probidade administrativa, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da eficácia, da motivação, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e da sustentabilidade.

Em reforço à importância do planejamento, constata-se no texto do PL n. 6.814/2017,⁷ especialmente no que tange à ampliação da fase preparatória, a exigência do Termo de Referência, do Catálogo de Padronização das Compras e do Projeto Completo, em substituição aos atuais projetos básico e executivo. Destaca-se, ainda, a nova modalidade

5. To comply, em inglês, significa estar de acordo com as regras. O conceito de compliance abrange as políticas, legislações, controles internos e externos que as organizações precisam seguir.

6. A Lei Anticorrupção dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, prevendo-se também a hipótese em relação às pessoas físicas, quando em transação com o Estado, por meio de licitação ou contratação.

7. Art. 5º, inciso XVI, ‘a’; art. 10, inciso VII; art. 16, *caput*; art. 36, *caput*; e art. 67, inciso III, ‘a’, todos do PL n. 6.814/2017.

licitatória Diálogo Competitivo, o Contrato de Eficiência e a possibilidade de inserção da variável Matriz de Risco em contratações vultosas.

A fase preparatória aborda considerações técnicas, mercadológicas e de gestão, capazes de interferir na contratação, compreendendo, nos termos do art. 16 e seus incisos, os seguintes requisitos técnicos: (i) descrição da necessidade de interesse público; (ii) definição do objeto para atendimento da demanda; (iii) definição das condições de execução, pagamento e garantias; (iv) orçamento estimado com base na realidade; (v) edital de licitação; (vi) minuta de contrato; (vii) regime de fornecimento de bens, de prestação de serviços e de execução de obras; (viii) motivação circunstanciada das condições editalícias; e (ix) motivação referente ao momento da divulgação do orçamento.

Nos termos do inciso VII do art. 10, “os órgãos responsáveis pelo planejamento de cada ente público deverão elaborar planos de compras anuais, com o objetivo de racionalizar as compras públicas entre os diferentes órgãos e entidades sob sua competência”, considerando as condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado; o processamento por meio de sistema de registro de preços; a determinação das quantidades a serem adquiridas em função de prováveis consumo e utilização; as condições de guarda e armazenamento, além do atendimento aos princípios da padronização, parcelamento e responsabilidade fiscal. Para tanto, o PL n. 6.814/2017, no inciso XLIX de seu art. 5º e no inciso II de seu art. 17, determina a criação do Catálogo Eletrônico de Padronização de Compras, Serviços e Obras, que servirá de base para indicação dos produtos e definição do objeto nos Termos de Referência.⁸

Compete aos órgãos da administração responsáveis pela aquisição de materiais, obras e serviços, licitações e contratos a criação do Catálogo Eletrônico de Compras, que, nos termos estabelecidos no inciso XLIX do art. 5º, constitui “sistema informatizado, de gerenciamento centralizado e com indicação de preços, destinado a permitir a padronização de itens a serem adquiridos pela Administração Pública e que estarão disponíveis para licitação.”

Peça de destaque no procedimento licitatório, o Termo de Referência será obrigatório nos termos do mencionado Projeto de Lei, estabelecendo os parâmetros: a) definição do objeto; b) fundamentação da contratação; c) forma e critérios de seleção do fornecedor; d) modelos de execução do objeto e de gestão do contrato; e) estimativas de preços; e f) adequação

8. Termo de Referência é o documento necessário para a contratação de bens e serviços, que estabelece parâmetros para a contratação. Seu conceito está no inciso XXI do art. 5º do PL n. 6.814/2017.

orçamentária – devendo conter, ainda, as informações descritas nos incisos I a VI do § 1º do art. 36, a saber: a indicação do produto; a definição das unidades e quantidades a serem adquiridas; os locais de entrega dos produtos; as regras para recebimento provisório e definitivo; as condições de manutenção, assistência técnica e garantias, bem como o detalhamento suficiente para a elaboração da proposta correta.

Observa-se que o planejamento no PL n. 6.814/2017 foi considerado como vetor de orientação para o certame, inclusive no que tange à exigência do projeto completo que, nos termos do inciso XXIII do art. 5º, dispõe:

[...] conjunto de elementos necessários e suficientes, **com nível de precisão adequado**, para caracterizar a obra ou o serviço, ou o complexo de obras ou de serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegure a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução. (Grifos nossos)

O citado dispositivo apresenta ainda o rol de requisitos essenciais, apresentados no Quadro a seguir:

Quadro 1 – Requisitos do Projeto Completo (art. 5º, inciso XXIII, alíneas “a” a “f”)

Número	Requisitos	Objetivo
1	Desenvolvimento da solução escolhida.	Fornecer visão global da obra e identificar seus elementos constitutivos.
2	Soluções técnicas globais e localizadas.	Minimizar a necessidade de reformulação e variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem.
3	Identificar os tipos de serviços a executar e equipamentos a serem incorporados.	Assegurar os melhores resultados para o empreendimento e a segurança executiva na utilização do objeto.
4	Informações essenciais ao estudo e métodos construtivos.	Garantir o caráter competitivo.
5	Subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra.	Conferir clareza à programação, estratégia de suprimentos e normas de fiscalização.
6	Orçamento detalhado do custo global da obra.	Evitar aditamentos, jogo de planilha, sobrepreço e superfaturamento.

Fonte: Elaboração dos autores.

3 INOVAÇÕES NO PROJETO DE LEI N. 6.814/2017

3.1 O DIÁLOGO COMPETITIVO

O PL n. 6.814/2017 extingue a modalidade de tomada de preços e estabelece, no art. 25, as modalidades licitatórias: concorrência, convite, concurso, leilão, pregão e o denominado diálogo competitivo, detalhado no art. 29.

Inspirado no regulamento de compras públicas da Comunidade Econômica Europeia, o diálogo competitivo deverá ser utilizado nos casos em que a especificação dos produtos/serviços finais a serem adquiridos não possa ser desenvolvida previamente. Inobstante o texto do PL n. 6.814/2017 não mencionar os termos *compliance* e integridade, a aplicação desses conceitos é essencial para que o diálogo competitivo seja bem utilizado, sendo que o § 2º do art. 29 prevê ainda um termo de confidencialidade.⁹ Essa modalidade será restrita a contratações que envolvam objetos referentes a inovação tecnológica ou **técnica**.

Nos termos do inciso XLI do art. 5º, o diálogo competitivo é

[...] modalidade de licitação em que a Administração Pública realiza **diálogos** com **licitantes previamente selecionados** com o intuito de **desenvolver uma ou mais alternativas** capazes de **atender às** suas **necessidades**, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento do diálogo. (Grifos nossos)

No diálogo competitivo, destacam-se ainda as seguintes características:

- (i) A Administração pode solicitar esclarecimentos ou ajustes às propostas apresentadas, desde que não impliquem discriminação ou distorçam a concorrência entre as propostas;
- (ii) A Administração definirá a proposta vencedora de acordo com critérios a serem divulgados a todos os licitantes no momento da abertura do prazo para apresentação de propostas finais;

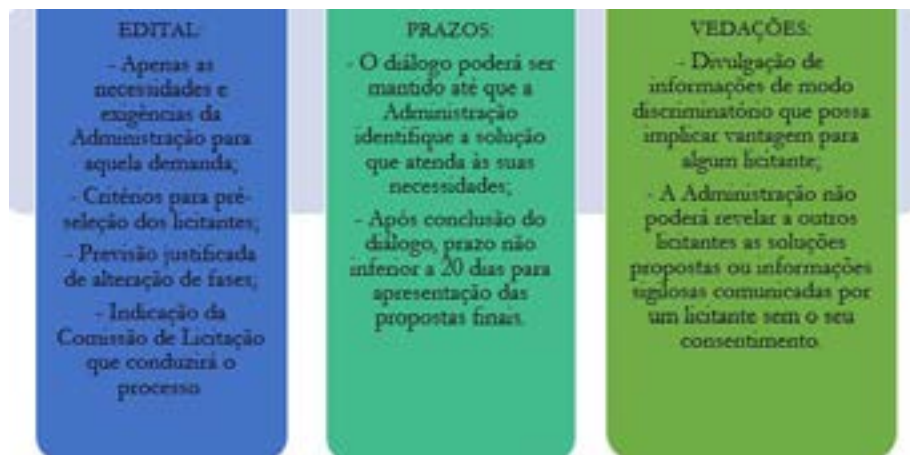
(iii) Órgãos de controle poderão acompanhar e monitorar os diálogos *just in time*; e

9. Nos termos do § 2º do art. 29: “Os profissionais contratados para os fins do inciso X do § 1º assinarão termo de confidencialidade e abster-se-ão de atividades que possam configurar conflito de interesses.”

(iv) Será conduzido por banca composta de pelo menos 3 (três) servidores ou empregados públicos efetivos, admitindo-se a contratação de profissionais para assessoramento técnico da banca.

Considerando-se o edital, prazos e vedações, pode-se sintetizar o diálogo competitivo conforme abaixo:

Figura 1 – Dimensões do Diálogo Competitivo (§1º do art. 29 do PL n. 6.814/2017)



Fonte: Elaboração dos autores.

Somos céticos quanto à efetividade de tal modalidade licitatória, no atual cenário brasileiro, em que a integridade e o atendimento ao interesse público têm dado lugar a práticas corruptas.

Maria Cecília Mendes Borges¹⁰ teoriza quanto à dificuldade nas mudanças de paradigma, em artigo sobre a licitação como instrumento para uma gestão condizente com o interesse público, ao observar:

[...] Não se pode negar que, na área das licitações, existe muita manipulação e corrupção, cuja solução, todavia, não se encontra no extermínio ou flexibilização do instituto. A licitação não é um procedimento necessariamente lento, complicado, burocratizado, puramente formal e sem resultados práticos, pois não deve se confundir a licitação com a patologia da licitação, com o mau uso que dela se tem feito.

[...]

Na realidade brasileira, a grande questão é que o relacionamento entre a administração e os particulares e a

10. BORGES, Maria Cecília Mendes. Da licitação como instrumento para uma gestão condizente com o interesse público: o problema do formalismo exacerbado na frustração desse fim e a importância da participação popular para implementar a efetividade do seu controle. Revista do TCU, Brasília, ano 35, n. 105, p. 91-100, jul./set. 2005.

noção do público são distorcidas [...]

Carlos Pinto Coelho Motta e Jorge Ulysses Jacoby Fernandes¹¹ clamam por **responsividade**, com a mudança que transcenda o papel e o alto índice de formalismo e se torne comportamental, efetiva, vivenciada ativamente, combatendo a ideia de que o orçamento seria mera obra de ficção.

Nesse sentido, para Jacoby Fernandes (2000), faz-se necessário dinamizar e popularizar os processos de interpretação das leis, com segurança e eficiência para que não fiquem restritos ao seletíssimo círculo de hermeneutas.

Nas palavras do saudoso professor Carlos Motta:¹² “A lei não pode evitar a corrupção, mas a sociedade, esta sim, pode eliminá-la através da participação e da vigilância.”

3.2 CONTRATO DE EFICIÊNCIA

Outra inovação no Projeto de Lei foi a inserção do Contrato de Eficiência, previsto no inciso LI do seu art. 5º, o qual dispõe:

[...] objeto é a prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, sendo o contratado remunerado com base em percentual da economia gerada [...]

O contrato de eficiência permite que a empresa execute determinado serviço a um custo menor do que a Administração pagava anteriormente. Nesse caso, a empresa será reconhecida pela eficiência e terá direito a parte do percentual da economia gerada. São as seguintes suas características:

Quadro 2 – Características do contrato de eficiência

11. MOTTA, Carlos Pinto Coelho; FERNANDES, Jorge Ulysses Jacoby. *Responsabilidade fiscal: lei complementar 101/2000*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

12. MOTTA, Carlos Pinto Coelho Motta. *Eficácia nas licitações e contratos*. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 536.

Requisitos	Características
Objeto	Prestação de serviços.
Detalhamento do objeto	Realização de obras e o fornecimento de bens.
Objetivo	Proporcionar economia ao contratante (Administração Pública).
Eficiência (custo/benefício)	Redução de despesas correntes (manutenção da máquina administrativa).
Remuneração do contratado	Percentual sobre a economia gerada.

Fonte: Elaboração dos autores.

Atualmente, há previsão legal apenas para as hipóteses de contratações previstas no RDC (Lei n. 12.462) e no PMI (Procedimento de Manifestação de Interesse).

3.3 MATRIZ DE RISCO

A matriz de risco, conforme conceito estabelecido no inciso XXV do art. 5º, é “cláusula contratual definidora de riscos e responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação”, devendo conter as seguintes informações:

- a) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato que possam causar impacto em seu equilíbrio econômico-financeiro e previsão de eventual necessidade de prolação de termo aditivo quando de sua ocorrência;
- b) em obrigações de resultado, estabelecimento preciso das frações do objeto em que haverá liberdade dos contratados para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto completo;
- c) em obrigações de meio, estabelecimento preciso das frações do objeto em que não haverá liberdade dos contratados para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, devendo haver obrigação de identidade entre a execução e a solução predefinida no anteprojeto ou no projeto completo.

Nos termos do art. 19 do PL n. 6.814/2017, o edital

[...] poderá contemplar matriz de alocação de riscos entre

o contratante e o contratado, hipótese em que o cálculo do valor estimado da contratação poderá considerar taxa de risco compatível com o objeto da licitação e os riscos.

Trata-se do mapeamento prévio das situações que envolvam riscos durante a execução do contrato, capazes de refletir no planejamento original.

Atualmente, a Lei n. 8.666/1993 não obriga a apresentação de tal documento, e, no PL n. 6.814/2017, a previsão limita-se à possibilidade.

Em obras de vulto, será de grande valia para a definição da responsabilidade dos agentes (contratado/poder público) em eventuais riscos, tais como: paralisações decorrentes de eventos climáticos, greves, aumento dos custos de matérias-primas e acidentes ocorridos sem culpa do ente contratante ou do contratado.

A matriz de risco, se anexada ao contrato, poderá assegurar seu equilíbrio, evitando-se possíveis aditivos futuros, evidenciando a responsabilidade dos atores e, como consequência, facilitando o controle pelos Tribunais de Contas.

3.4 HABILITAÇÃO PÓS-JULGAMENTO: A INVERSÃO DE FASES EM RELAÇÃO AO PADRÃO DO ART. 43 DA LEI N. 8.666/1993

A legislação em exame pontua os principais aspectos do certame, passo a passo, de modo a evitar possíveis erros nas aquisições e contratações.

Nos termos do art. 15 do PL n. 6.814/2017, a regra passa a ser a habilitação pós-julgamento, consoante modelo já estabelecido no pregão e no RDC, alterando o padrão consignado anteriormente na Lei n. 8.666/1993:

Art. 15. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência:

- I – preparatória;
- II – publicação do edital de licitação;
- III – **apresentação de propostas e lances, quando for o caso;**
- IV – **juízo;**
- V – **habilitação;**
- VI – recursal;
- VII – homologação. (Grifos nossos)

Esse parâmetro possibilita economia procedimental, mitigando a morosidade relativa aos documentos da habilitação, harmonizando-se com a preferência da forma eletrônica como regra (art. 15, § 2º).

O padrão do PL n. 6.814/2017 é habilitação pós-julgamento, mas, excepcionalmente, admite-se a hipótese de julgamento pós-habilitação com justificativa para a inversão das fases e inclusão no edital (§ 1º do art. 15).

Em suma, o que era regra na Lei n. 8.666/1993, julgamento pós-habilitação, passa a ser a exceção, condicionada nos termos do §1º do art. 15. Nesse caso, o fluxo das fases será como segue: I – Preparatória; II – Publicação do edital de licitação; III – **Habilitação**; IV – Apresentação de propostas e lances; V – **Julgamento**; VI – Recursal; e VII – Homologação.

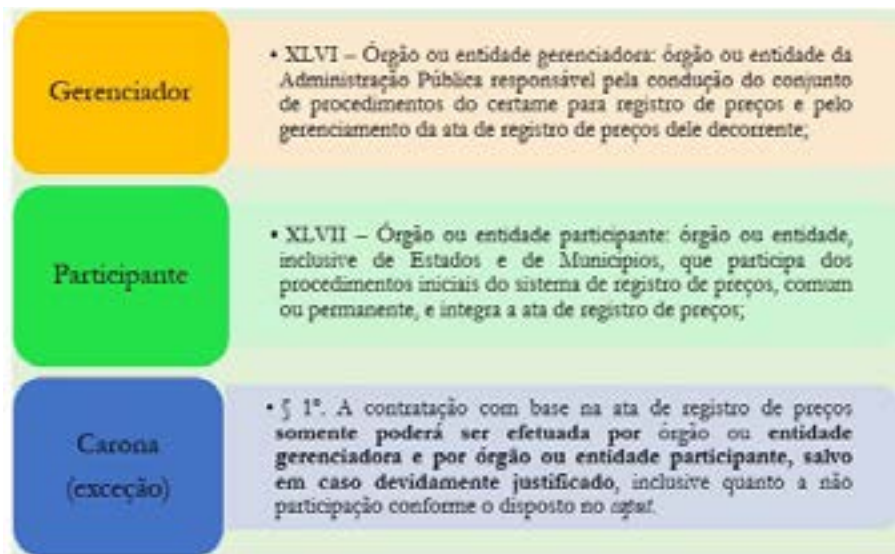
Essa exceção exige ato motivado previsto no edital, com a explicitação dos benefícios decorrentes, cujo propósito será demonstrar a condição de habilitação para o atendimento da demanda, especialmente em contratações de alta complexidade, nas quais a capacitação do licitante irá repercutir na apresentação de propostas e disputa de lances.

A possibilidade regulada de inversão de fases para adequação à realidade de cada caso concreto exige do operador do Direito conhecimento não apenas do conteúdo legal, mas também do objeto e do mercado no qual está inserido.

3.5 O REGISTRO DE PREÇOS E A PRÁTICA DO CARONA

Inobstante o termo registro de preços apareça por cinco vezes na Lei n. 8.666/1993, o PL n. 6.814/2017 inova ao estabelecer seu conceito no inciso XLIV do art. 5º como o “conjunto de procedimentos para realização, mediante certame na modalidade pregão, de registro formal de preços relativos a prestação de serviços, obras comuns e aquisição e locação de bens para contratações futuras”. O art. 5º e o § 1º do art. 77 do projeto indicam seus atores, inclusive a hipótese da prática do carona, como segue:

Figura 2 – Atores do registro de preços, art. 5º, XLVI, XLVII, e §1º do art. 77



Fonte: Elaboração dos autores.

Na Figura acima, destaca-se a possibilidade, ainda que em exceção e de forma justificada, da prática do carona.

O caráter plural do registro de preços está consignado no *caput* do art. 77:

Incumbe ao órgão ou à *entidade gerenciadora*, previamente ao certame de que trata este Capítulo, realizar procedimento público de intenção de registro de preços para [...] **possibilitar a participação de outros órgãos ou entidades na respectiva ata e determinar a estimativa total de contratação.** (Grifos nossos)

O § 1º apresenta regra e exceção sobre os participantes do certame, sendo que a parte primeira do dispositivo afirma que “a contratação com base na ata de registro de preços somente poderá ser efetuada por órgão ou entidade gerenciadora e por órgão ou entidade participante”, para, na sequência autorizar: “**salvo em caso devidamente justificado**, inclusive quanto a não participação conforme o disposto no *caput*.” (Grifos nossos)

No caso do registro de preços, percebe-se que o número real de participantes se reflete diretamente no valor total da contratação com relação à economia de escala. Assim, recomenda-se que o planejamento seja considerado com base na realidade.

A presença posterior do carona pode representar um possível desvio em relação ao valor considerado originalmente para a realização da licitação, porque, em tese, a empresa fornecerá número superior ao demandado e preço superior ao que seria justo, se considerada a totalidade dos participantes mais o carona. Tal praxe pode resultar em corrupção através de prováveis conluíus entre a Administração e empresas participantes.

3.6 A CRIAÇÃO DO AGENTE DE LICITAÇÃO

O Agente de Licitação apresentado pelo Projeto de Lei n. 6.814/2017 é mais uma adequação do que uma inovação, pois assemelha-se à figura do pregoeiro tanto quanto à forma de condução das atividades no certame como na responsabilização pessoal sobre os atos praticados.

Via de regra, a licitação deverá ser conduzida por ele, que deverá “ser servidor ou empregado público pertencente a quadro permanente da Administração Pública”; a exceção será em casos de licitações complexas, as quais deverão ser ministradas por Comissão de Licitação, devendo, nos termos do § 3º do art. 7º, ser formadas por

no mínimo, 3 (três) membros, que **responderão solidariamente** por todos os atos praticados pela comissão, ressalvado o membro que expressar posição individual divergente fundamentada e registrada em ata lavrada na reunião em que houver sido tomada a decisão. (Grifos nossos)

O art. 7º e seus parágrafos conceituam e responsabilizam as autoridades que deverão conduzir os procedimentos licitatórios:

Art. 7º A licitação será conduzida por **agente de licitação**.

§ 1º O agente de licitação é a pessoa designada pela autoridade competente, entre **servidores ou empregados públicos** pertencentes aos quadros permanentes da Administração Pública, para tomar decisões, acompanhar o trâmite da licitação, dar impulso ao procedimento licitatório e executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento da licitação.

§ 2º O agente de licitação será auxiliado por equipe de apoio e **responderá individualmente pelos atos que praticar**, salvo quando induzido a erro pela atuação da equipe.

§ 3º Em **licitações complexas**, o agente de licitação poderá ser substituído por **comissão de licitação formada por, no mínimo, 3 (três) membros, que responderão solidariamente** por todos os atos praticados pela comissão, ressalvado o membro que expressar posição

individual divergente fundamentada e registrada em ata lavrada na reunião em que houver sido tomada a decisão.
(Grifos nossos)

Extrai-se da leitura desse artigo uma importante questão: considerando-se as possíveis consequências de direito, não deveria o Projeto de Lei n. 6.814/2017 contemplar o conceito do termo “licitações complexas”? A nosso sentir, em se tratando de responsabilização dos agentes públicos, tal nomenclatura deveria constar na lei, para que não haja brechas de interpretação.

4 A AÇÃO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS EM RELAÇÃO AO SISTEMA DE LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

A Lei n. 8.666/1993, ao tratar do controle externo das licitações, dispõe, em seu artigo 113 e parágrafos, os critérios de controle da legalidade, a regularidade da despesa e sua execução, bem como o combate a irregularidades na aplicação da referida lei, nos termos da Constituição Federal.

Nas licitações e contratações, o controle externo se dá de três formas: pelo regular exercício da função fiscalizadora atribuída ao Tribunal de Contas; mediante provocação por qualquer pessoa física ou jurídica, licitante ou contratado, que poderá representar ou denunciar àquele Tribunal em face de irregularidades na aplicação da Lei n. 8.666/1993, conforme § 1º do artigo 113 e § 2º do artigo 74 da Constituição Federal e, ainda, por meio da análise prévia dos atos convocatórios pelas Cortes de Contas, conforme § 2º do artigo 113 daquele Diploma Legal.

A representação ou denúncia não objetiva a proteção de direitos subjetivos ou interesses pessoais específicos; ela orienta-se no controle de regularidade da despesa pública, pautada pelo interesse público, ainda que, em muitos casos, observe-se que o licitante, ao representar, defenda interesses próprios, relacionados com a sua permanência na concorrência.

Para Motta,¹³ a denúncia aos Tribunais por irregularidade na aplicação da Lei de Licitações a ser feita por qualquer licitante, contratado ou pessoa física, é um dos pontos de apoio de uma concepção abrangente de controle e fiscalização dos institutos da licitação e contrato, vistos como instrumentos de melhoria do gasto público.

13. MOTTA, Carlos Pinto Coelho; BICALHO, Alécia Paolucci. *RDC: Contratações para as copas e jogos olímpicos: Lei 12.462/2011, Decreto n. 7.581/2011*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

O Projeto de Lei n. 6.814/2017 apresenta os dispositivos que reforçam o controle da regularidade dos procedimentos licitatórios perante os Tribunais de Contas, conforme Quadro sinóptico a seguir:

Quadro 3 – Controle externo das licitações e contratações

Dispositivos Legais do PL n. 6.814/2017	Referência
Art. 106, caput e seu § 2º	A regra é ordem cronológica dos pagamentos (caput). Exceção (§ 2º): Comunicação ao Tribunal de Contas em caso de alteração justificada, em razão de grave e urgente necessidade pública, da ordem cronológica dos pagamentos.
Art. 118, caput	Reforça a competência dos Tribunais de Contas para o controle das despesas decorrentes dos contratos e licitações.
Art. 118, § 1º	Reforça o controle social: “Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao tribunal de contas competente ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo”.
Art. 118, § 2º	Multa no caso de litigância de má-fé: “O tribunal de contas competente reputará denunciante de má-fé aquele que alterar a verdade dos fatos ou provocar a jurisdição com intuito exclusivamente protelatório, a ele imputando multa de não mais que 1% (um por cento) do orçamento estimado para a contratação.”
Art. 118, § 3º	Exame da cópia do edital e determinação de medidas corretivas: “O tribunal de contas competente e os órgãos integrantes do sistema de controle interno poderão solicitar para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, cópia de edital de licitação já publicado, obrigando-se os órgãos e as entidades da Administração interessada à adoção de medidas corretivas pertinentes que, em função desse exame, lhes forem determinadas”.
Art. 121, § 1º e § 2º	Possibilidade regulada de suspensão cautelar do processo licitatório pelo Tribunal de Contas: § 1º O tribunal de contas competente somente poderá suspender cautelarmente processo licitatório 1 (uma) vez e pelo prazo improrrogável de 30 (trinta) dias, definindo objetivamente: I – as causas da ordem de suspensão; II – como será garantido o atendimento do interesse público obstado pela suspensão do processo, em se tratando de objetos essenciais ou de contratação por emergência. §2º O órgão que receber a ordem de suspensão do processo licitatório deverá informar ao tribunal de contas competente, no prazo máximo de 15 (quinze) dias, o acatamento da determinação, as providências adotadas nesse sentido e, se for o caso, como procederá à apuração de responsabilidade.

Fonte: Elaboração dos autores.

Acerca da análise preventiva do edital, considerando-se que o ato convocatório norteia a licitação, balizando todo o procedimento, a nosso ver, mostra-se primordial que a Corte de Contas tenha acesso à análise prévia de tal instrumento. Dessa forma, os tribunais podem corrigir *ab initio* eventuais ilegalidades, adotando medidas corretivas e adequadas ao interesse público.

Segundo Marçal Justen Filho,¹⁴ a Administração é obrigada a exercer o controle da legalidade do ato convocatório da licitação, especialmente quando provocada (nos prazos indicados na lei por qualquer cidadão. Não pode escusar-se sob invocação de que o particular não teria interesse em participar da licitação ou que não preencheria, nem mesmo em tese, os requisitos para tanto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A qualidade da democracia depende diretamente da integridade e lisura na prática do sistema de compras e contratações públicas. Evidencia-se no presente estudo que o Projeto de Lei n. 6.814/2017 tende a acompanhar certos parâmetros já assentados tanto na Lei n. 10.520/2002 (Lei do Pregão) quanto na Lei n. 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC), como a inserção do “agente de licitação”, figura claramente inspirada no “pregoeiro”.

Constata-se tendência à flexibilização para a aplicação da norma, voltada ao caso concreto, aliada à necessidade de motivação em favor do controle e da responsabilização, sempre que ocorrerem exceções, fora do regramento, como convém à moderna teoria das organizações. A exemplo, a possibilidade prevista no § 3º do art. 7º, da substituição do agente de licitação por comissão de licitação, em caso de licitações complexas, quando os membros da comissão, em regra, responderão solidariamente pelos atos praticados.

Novos elementos inseridos na lei, como diálogo competitivo, contrato de eficiência e matriz de risco são boas ideias inspiradas em legislações europeias; entretanto, exigem competência e conhecimento por parte de seus operadores – o que pode ser um dificultador, especialmente em licitações e contratações em pequenos municípios, a grande maioria

14. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*: lei 8.666/1993. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

no Brasil –, sob pena de tornarem-se inócuos em resultados pretendidos, meras referências legislativas.

O sucesso do PL n. 6.814/2017 exige mudança de paradigma para incorporar práticas éticas tanto pela administração pública quanto pelas empresas licitantes, para que, no futuro, possamos evitar (ou diminuir) casos de corrupção, conluíus, abuso de poder e captura do público pelo privado. No pensamento do ator britânico Peter Sellers, “Se as raízes estão bem, todo o resto está bem”.¹⁵

Para tanto, é preciso efetividade nas prestações de contas (*accountability*) e ação conjunta (*enforcement*) dos Tribunais de Contas, Ministério Público e órgãos de controle.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BORGES, Maria Cecília Mendes. Da licitação como instrumento para uma gestão condizente com o interesse público: o problema do formalismo exacerbado na frustração desse fim e a importância da participação popular para implementar a efetividade do seu controle. Revista do TCU, Brasília, ano 35, n. 105, p. 91-100, jul./set. 2005.

BRASIL. Presidência da República. Constituição federal. 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

BRASIL. Presidência da República. Decreto n. 8.777, de 11 de maio de 2016. Institui a Política de Dados Abertos do Poder Executivo federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8777.htm>. Acesso em: 27 ago. 2018.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns,

15. Frase do jardineiro Chance, personagem de Peter Sellers no filme Muito além do jardim. In: MUITO ALÉM do jardim. Direção: Hal Ashby. EUA, Warner Home Video, 1979. Título original: Being there.

e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10520.htm>. Acesso em: 24 ago. 2018.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 12.462, de 4 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC; altera a Lei n. 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis n. 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória n. 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei n. 9.649, de 27 de maio de 1998. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112462.htm>. Acesso em: 24 ago. 2018.

FRANCE, Guilherme. Como prevenir a corrupção nas contratações públicas. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/como-prevenir-a-corrupcao-nas-contratacoes-publicas-03052018>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: lei 8.666/1993. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho; FERNANDES, Jorge Ulysses Jacoby. Responsabilidade fiscal: lei complementar 101/2000. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho Motta. Eficácia nas licitações e contratos. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho; BICALHO, Alécia Paolucci. RDC: Contratações para as copas e jogos olímpicos: Lei 12.462/2011, Decreto n. 7.581/2011. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SCHEDLER, Andreas. Conceptualizing Accountability. Journal The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies. Disponível em: <https://scholar.google.com> Acesso em: 22 ago. 2018.

SCHDLER, Andreas. The Menu of Manipulation. *Journal of Democracy*. Washington DC: Johns Hopkins University Press, 2002. v. 13, p. 36-50.

SERRA, Rita C. C.; CARVALHO, João R. C. S. Transparência e prestação de contas como paradigmas indiciários dos aspectos democráticos e éticos nos governos hodiernos. In: CONGRESSO INTERNACIONAL GOVERNO, GESTÃO E PROFISSIONALIZAÇÃO EM ÂMBITO LOCAL FRENTE AOS GRANDES DESAFIOS DE NOSSO TEMPO, 4, 2013, Belo Horizonte. Anais... Belo Horizonte: Fundação João Pinheiro, 2013. Disponível em: <www.fjp.mg.gov.br/>. Acesso em: 28 fev. 2015.

CAPÍTULO 29

EMPREGADO PÚBLICO E A ESTABILIDADE CONSTITUCIONAL DO ART. 41

LUÍS CARLOS GERMANO COLOMBO

Procurador do Município de Jundiáí/SP, Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela PUC-Campinas.

INTRODUÇÃO - ANTECEDENTES HISTÓRICOS E DEFINIÇÕES

O presente estudo tem como escopo exteriorizar a dissidência existente no âmbito doutrinário e nas decisões proferidas pelo Poder Judiciário acerca da aplicabilidade do instituto da estabilidade do art. 41 da Constituição Federal aos detentores de emprego público, vinculados à Administração Direta, ou da Administração Indireta Autárquica ou Fundacional. A pesquisa é de cunho bibliográfico, qualitativo e exploratório. Para tanto, será examinado preliminarmente o enquadramento dos empregados públicos no ordenamento jurídico vigente, sendo que em seguida será conferido enfoque ao instituto da estabilidade e se há compatibilidade deste direito previsto no art. 41, da Constituição Federal, para os empregados públicos, sob a perspectiva doutrinária, com ênfase nas recentes decisões judiciais sobre o tema, de forma a demonstrar a não uniformização e por decorrência a insegurança jurídica causada ao tratar desta questão.

Inicialmente, ao tratar da questão faz-se necessário destacar que ao tratar da estrutura da Administração Pública, para que seja almejado a consecução do interesse público, a mesma depende que seres humanos atuem em seu nome, para expressão de manifestação de vontade, que em sentido amplo são realizados por agentes públicos.

Nesse passo, são conceituados como agentes públicos:

quem quer que desempenhe funções estatais, *enquanto as*

exercita, é um agente público. Por isto, a noção abarca tanto o Chefe do Poder Executivo (em quaisquer das esferas) como os senadores, deputados e vereadores, os ocupantes de cargos ou empregos públicos da Administração direta dos três Poderes, os servidores das autarquias, das fundações governamentais, das empresas públicas e sociedades de economia mista nas distintas órbitas de governo, os concessionários e permissionários de serviço público, os delegados de função ou ofício público, os requisitados, os contratados sob locação civil de serviços e os gestores de negócios públicos.¹ (grifos no original)

Referida expressão “agentes públicos” é tida como gênero, que abrange diversas espécies, sendo comumente mencionados os agentes políticos², os agentes particulares colaboradores³, e os servidores públicos, sendo que para estes últimos há um vínculo permanente de trabalho com a Administração Pública, com a correspondente remuneração, integrando o quadro funcional do ente público ao qual se vinculam.

No que tange à espécie servidores públicos, visualiza-se a existência de divergência doutrinária acerca do alcance de sua expressão:

não consideramos servidores públicos os empregados das entidades privadas da Administração Indireta, caso das empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas de direito privado. Todos são sempre regidos pelo regime trabalhista, integrando a categoria profissional a que estiver vinculada a entidade, como a de bancários, economiários, securitários etc. Além do mais, o art. 173, § 1º, da CF estabelece que empresas públicas e sociedades de economia mista devem sujeitar-se às regras de direito privado quanto às obrigações trabalhistas. São, portanto, empregados normais. Por fim, a própria tradição do Direito brasileiro nunca enquadrou tais empregados

1. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 235.
2. Para José dos Santos Carvalho Filho agentes políticos são “aqueles aos quais incumbe a execução das diretrizes traçadas pelo Poder Público. São estes agentes que desenham os destinos fundamentais do Estado e que criam estratégias políticas por eles consideradas necessárias e convenientes para que o Estado atinja os seus fins”. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 612)
3. Entende-se que tais agentes “embora sejam particulares, executam certas funções especiais que podem se qualificar como públicas, sempre como resultado do vínculo jurídico que os prende ao Estado. Alguns deles exercem verdadeiro múnus público, ou seja, sujeitam-se a certos encargos em favor da coletividade a que pertencem, caracterizando-se, nesse caso, como transitórias as suas funções. [...] Clássico exemplo desses agentes são os jurados, as pessoas convocadas para serviços eleitorais [...]. São também considerados agentes particulares colaboradores os titulares de ofício de notas e registro não oficializados (art. 236, da CF) e os concessionários e permissionários de serviços públicos” (Idem, p. 613).

como servidores públicos, nem em sentido lato.⁴

Servidor Público, como se pode depreender da Lei Maior, é a designação genérica ali utilizada para englobar, de modo abrangente, todos aqueles que mantêm vínculos de trabalho *profissional* com as entidades governamentais *integrados em cargos ou empregos* da União, Estados, Distrito Federal, Municípios, respectivas autarquias e fundações de Direito Público. Em suma: são os que entretêm com o *Estado e com as pessoas de Direito Público da Administração indireta* relação de trabalho de natureza *profissional* e caráter não eventual sob vínculo de *dependência*.⁵

Visualiza-se assim que o alcance da expressão não é unânime na doutrina, podendo ser entendida de forma ampla, englobando todos aqueles que mantêm vínculo profissional com qualquer das entidades de Direito Público, bem como pode ser visualizada de forma a excluir aqueles que mantêm vínculo com a Administração Pública Indireta, através das empresas públicas, sociedades de economia mista e ainda as fundações públicas de direito privado.

Embora haja divergência sobre tal abrangência, é utilizada com regularidade a subdivisão que os servidores públicos⁶ poderão ser os estatutários, os empregados públicos e os temporários⁷.

José dos Santos Carvalho Filho entende que os servidores estatutários

são aqueles cuja relação jurídica de trabalho é disciplinada por diplomas legais específicos, denominados *estatutos*. Nos

4. CARVALHO FILHO, op. cit., p. 616-617.

5. MELLO, op. cit., p. 239.

6. Registra-se também que os militares, apesar de não pacificação doutrinária, são considerados servidores públicos: “Essa é a primeira classificação dos servidores públicos e obedece aos dois ramos básicos de funções públicas: a civil e a militar. É a Constituição Federal que separa os dois agrupamentos, traçando normas específicas para cada um deles. As regras aplicáveis aos servidores públicos civis se encontram entre os arts. 39 a 41 da CF. De acordo com no novo sistema introduzido pela EC n° 18/1998, há o grupo ds militares do Estado, Distrito Federal e Territórios (art. 42 e parágrafos, CF), e o dos militares das Forças Armadas, integrantes da União Federal (art. 142, §3°, CF). no que concerne aos 623 militares, cumpre fazer uma observação. A despeito da alteração introduzida pela EC n° 19/1998, que substituiu a expressão ‘servidores públicos civis’ por ‘servidores públicos’ e da eliminação da expressão ‘servidores públicos militares’, substituída por ‘Militares do Estado, Distrito Federal e Territórios’ (Seção III, mesmos Capítulo e Título, art. 42), com a inclusão dos militares federais no Capítulo das Forças Armadas (Título V, Capítulo II, arts. 142 e 143), o certo é que em última análise, todos são servidores públicos lato sensu, embora diversos os estatutos jurídicos reguladores, e isso porque vinculados relação de trabalho subordinado às pessoas federativas, percebem remuneração como contraprestação pela atividade que desempenham. Por tal motivo, parece-nos correta a expressão ‘servidores militares’”. (CARVALHO FILHO, op. cit., p. 618)

7. A título de exemplificação essa é divisão adotada por Maria Sylvania Zanella Di Pietro (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito administrativo. 30 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 681.) e Irene Nohara (NOHARA, Irene Patrícia. Direito Administrativo. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 649)

estatutos estão inscritas todas as regras que incidem sobre a relação jurídica, razão por que nelas se enumeram os direitos e deveres dos servidores e do Estado.⁸

Nota-se que os servidores estatutários são regulamentados por lei própria (estatuto) de cada Ente Público, sendo nomeados após a realização de concurso público de provas ou provas e títulos como preceitua o art. 37, II, da Constituição Federal, cumprindo ainda destacar que os conflitos inerentes entre as Pessoas Estatais e os servidores estatutários, será objeto de apreciação pela Justiça Comum.

Ademais tais servidores são detentores de cargo⁹, que no entender de Marçal Justen Filho é assim definido:

Cargo público é uma posição jurídica, utilizada como instrumento de organização da estrutura administrativa, criada e disciplinada por lei, sujeita a regime jurídico de direito público peculiar, caracterizado por mutabilidade por determinação unilateral do Estado e por certas garantias em prol do titular.¹⁰

Com relação aos servidores temporários, cumpre assinalar que estes são os definidos no art. 37, IX, da Constituição Federal¹¹, caracterizando-

8. CARVALHO FILHO, op. cit., p. 619.

9. Necessário pontuar que além dos cargos efetivos, definidos por José dos Santos Carvalho Filho como “aqueles que se revestem de caráter de permanência, constituindo a maioria absoluta dos cargos integrantes dos diversos quadros funcionais” (op. cit., p. 635), existem ainda os cargos vitalícios, que “são aqueles que oferecem maior garantia de permanência a seus ocupantes. Somente através de processo judicial, como regra, podem os titulares perder os seus cargos (art. 95, I, CF) [...] A vitaliciedade tem previsão constitucional. Atualmente são cargos vitalícios os de magistrados (art. 95, I, CF), os dos membros do Ministério Público (art.128, §5º, I, a, CF) e os dos membros dos Tribunais de Contas (art. 73, §3º, CF)” (Idem.). Ainda existem também, os cargos em comissão, que “ao contrário dos tipos anteriores, são de ocupação transitória. Seus titulares são nomeados em função da relação de confiança que existe entre eles e a autoridade nomeante. [...] A natureza desses cargos impede que os titulares adquiram estabilidade. Por outro lado, assim como a nomeação para ocupá-los dispensa a aprovação prévia em concurso público, a exoneração do titular é despida de qualquer formalidade especial e fica a exclusivo critério da autoridade nomeante. Por essa razão é que são considerados de livre nomeação e exoneração (art. 37, II, CF). É importante acentuar que cargos em comissão somente podem destinar-se a funções de chefia, direção e assessoramento, todas elas de caráter específico dentro das funções administrativas. Resulta daí, por conseguinte, que a lei não pode criar tais cargos para substituir outros de cunho permanente e que devem ser criados como cargos efetivos, exemplificando-se com os de perito, auditor, médico, motorista e similares. Lei com tal natureza é inconstitucional por vulnerar a destinação dos cargos em comissão, concebida pelo Constituinte (art.37, V, CF). (CARVALHO FILHO, op. cit., p. 635-636)

10. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10 ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 908.

11. 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: [...] IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público [...].

se por serem contratados por tempo certo e determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, não existindo investidura em cargo ou emprego público, posto que são pessoas físicas contratadas para exercer funções públicas, em caráter transitório e de excepcional interesse público, sendo que estarão abrangidos por regime jurídico especial a ser disciplinado em lei de cada ente da federação.

Já os empregados públicos, são os servidores que estão vinculados à Administração Pública, estando submetidos ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Esta relação entre o ente público e seus empregados é estabelecida de forma contratual, ou seja,

Emprego Público é a designação dada para atribuições pautadas em vínculo contratual, sendo regido pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). A adoção do regime jurídico privado no âmbito trabalhista, isto é, do regime celetista, é obrigatória para as empresas públicas, as sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica, conforme se extrai do disposto no art.173, §1º, II, da Constituição Federal.¹²

Empregado público é a pessoa física que desempenha a função de órgão no âmbito de pessoa estatal com personalidade de direito público, submetida ao regime de direito do trabalho, com as modificações próprias do regime de direito público. [...] Os empregados públicos são uma categoria sujeita a regime jurídico híbrido. Em tese, estariam subordinados ao regime da legislação trabalhista, o que os retiraria da submissão ao direito administrativo. É evidente, no entanto, que o vínculo jurídico pelo qual um indivíduo é investido na condição de órgão estatal não pode submeter-se, de modo integral e completo, às mesmas regras pertinentes ao desempenho da atividade privada. Logo, as normas trabalhistas são, em inúmeras passagens, afastadas em virtude do regime jurídico inerente à atividade administrativa estatal. Deve-se destacar, no entanto, que o vínculo jurídico mantido entre o Estado e o particular apresenta natureza de direito privado.¹³

Nessa relação entre o empregador público e o empregado, é estabelecida uma relação diferenciada, sendo que no entender de Rogério Neiva a

denominação 'celetista', comumente atribuída aos empregados públicos, conta com certa impropriedade, uma vez que tais servidores não são regidos apenas pela CLT,

12. NOHARA, op. cit., p. 643.

13. JUSTEN FILHO, op. cit., p. 1032-1033.

mas todo o Direito do Trabalho, o qual sofre a influência do fenômeno da pluralidade de fontes normativas, bem como dispõe de um amplo arcabouço legislativo não consolidado.¹⁴

Diante destas definições, é possível constatar como característica principal que o liame destes servidores com a Administração Pública como um todo, será conduzido principalmente pelas regras da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, mas este elo não será integral, de forma que estarão vinculados a determinados preceitos do regime de direito público, tendo em vista os princípios constitucionais que regem a atuação da Administração Pública.

Para José dos Santos Carvalho Filho, diante desta perspectiva as características do regime de emprego público antagonizam as do regime estatutário:

Primeiramente, o regime se caracteriza pelo princípio da *unicidade normativa*, porque o conjunto integral das normas reguladoras se encontra em único diploma legal – a CLT. Significa que, tantas quantas sejam as pessoas federativas que adotem esse regime, todas elas deverão guiar-se pelas regras desse único diploma. Nesse caso, o Estado figura como simples empregador, na mesma posição, por conseguinte, dos empregadores de modo geral. A outra característica diz respeito à natureza da relação jurídica entre o Estado e o servidor trabalhista. Diversamente do que ocorre no regime estatutário, essa relação jurídica é de natureza contratual. Significa dizer que o Estado e seu servidor trabalhista celebram efetivamente contrato de trabalho nos mesmos moldes adotados para a disciplina das relações gerais entre capital e trabalho. É preciso considerar que, mesmo sob regime contratual trabalhista, o servidor não deixa de caracterizar-se como tal. Em consequência, é vedado ignorar tal situação funcional no caso de ocorrer a alteração para o regime estatutário. Ocorrendo essa alteração (que não pode ser compulsoriamente imposta, e assim, deve resultar de opção do servidor), é dever do ente federativo respeitar todos os direitos funcionais adquiridos pelo servidor sob a égide do regime celetista, agregando-os, sem solução de continuidade, à nova relação funcional estatutária.¹⁵

Atualmente destaca-se que sob esta modalidade são encontrados empregados públicos que prestam serviços para empresas públicas, sociedades de economia mista, bem com fundações de direito privado; os

14. NEIVA, Rogerio. *Direito e processo do trabalho aplicados à administração pública e fazenda pública*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015. p.35.

15. CARVALHO FILHO, op. cit., p. 623-624.

contratados pela Administração Direta e por suas Autarquias e Fundações de direito público, sob a égide da Constituição anterior que não foram contemplados pelo art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, bem como para aqueles que foram contratados antes e após à alteração do art.39, da Constituição Federal, pela Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998.

Para os empregados públicos que estão inseridos em empresas públicas e sociedades de economia mista que exercem atividade econômica, é adotado de forma obrigatória o regime da CLT, diante da previsão constitucional do art. 173, §1º, inciso II.¹⁶

Para os empregados públicos que laboram para empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público, o supracitado dispositivo constitucional não expressa qual seria o regime, possibilitando inferir que não estão submetidas a essa imposição.

Mesmo que não seja obrigatório para tais entidades o regime celetista, é esse o modelo que se adota por meio das leis ordinárias, por ser o mais compatível com o regime de direito privado a qual se encontram associadas.

Pontua-se ademais que para os conflitos que existirem entre os empregados públicos e as respectivas Pessoas Estatais, serão objeto de apreciação pela Justiça do Trabalho, tendo em vista o contido no art. 114, I, da Constituição Federal¹⁷.

Diante destas premissas, verifica-se que tanto para os servidores estatutários, como para os empregados públicos, a condição de ingresso é

16. Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) [...] II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) [...]

17. Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) I - as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). Acerca da compreensão desse dispositivo, foi ajuizada Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.395-6/DF, julgada em 05/04/2006, no qual o Supremo Tribunal Federal assim entendeu: Competência. Justiça do Trabalho. Incompetência reconhecida. Causas entre o poder público e seus servidores estatutários. Ações que não se reputam oriundas de relação de trabalho. Conceito estrito dessa relação. Feitos da competência da Justiça comum. Interpretação do art. 114, I, da CF, introduzido pela EC 45/2004. Precedentes. Liminar deferida para excluir outra interpretação. (...) O disposto no art. 114, I, da CF não abrange as causas instauradas entre o poder público e servidor que lhe seja vinculado por relação jurídico-estatutária.

a mesma prevista no art.37, inciso II, da Constituição Federal, que exige a realização de concurso público de provas ou provas e títulos para ingresso no âmbito da Administração Pública em geral¹⁸, sendo que neste aspecto tanto o Supremo Tribunal Federal (STF)¹⁹, como o Tribunal Superior do Trabalho (TST)²⁰ rechaçam qualquer hipótese de ingresso na Administração Pública que não respeite o contido no referido preceito constitucional²¹.

Ademais, faz-se necessário pontuar ainda a questão referente ao regime jurídico dos servidores públicos, que é previsto no art. 39, da Constituição Federal.

O art. 39, caput, da Constituição da República, em sua disposição originária, estabelecia que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deveriam instituir, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da Administração pública Direta, das Autarquias e das Fundações Públicas.

Com a determinação do regime jurídico único, grande controvérsia foi gerada no que se refere à adequada interpretação desse mandamento, em virtude de sua redação, tendo gerado então, posicionamentos diversos²².

18. Art. 37. (...) II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; [...]
19. Súmula Vinculante nº 43 do Supremo Tribunal Federal: É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.
20. Súmula nº 363 do Tribunal Superior do Trabalho: CONTRATO NULO. EFEITOS (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.
21. Para Diógenes Gasparini (GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 231.) concurso público é “o procedimento prático-jurídico posto à disposição da administração pública direta, autárquica, fundacional e governamental de qualquer nível de governo, para a seleção do futuro melhor servidor, necessário à execução de serviços sob sua responsabilidade”, destacando ainda ser um “método de seleção que visa obter, de forma isonômica, a pessoa mais qualificada para investir em cargo ou emprego público”. Para Marçal Justen Filho o concurso público consiste em um “procedimento conduzido por autoridade específica, especializada e imparcial, subordinado a um ato administrativo prévio, norteado pelos princípios da objetividade, da isonomia, da impessoalidade, da legalidade, da publicidade e do controle público, destinado a selecionar os indivíduos mais capacitados para serem providos em cargos públicos de provimento efetivo ou em emprego público (JUSTEN FILHO, op. cit., p. 912.)
22. Para Marçal Justen Filho “o dispositivo foi aplicado no sentido da generalização do regime dito “estatutário” para todos os servidores públicos da Administração direta, autárquica, e de fundações públicas. Isso significou que os antigos titulares de empregos públicos tiveram a sua situação jurídica alterada e foram investidos em cargos públicos” (...) Ademais, consigna

Apesar das incerteza gerada pela redação do mencionado dispositivo constitucional, o regime jurídico único, foi retirado pela Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho 1998, que conferiu nova redação ao art. 39, caput, da Constituição, que, em substituição a sua redação originária, passou a dispor que: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes.”

No entanto, referida alteração, foi objeto de questionamento judicial, sendo que o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.135-4/DF sendo que por maioria, em virtude de indícios de vício de inconstitucionalidade formal, referente a erro no procedimento de tramitação da mencionada emenda, foi deferida medida cautelar para suspender a eficácia do art. 39, caput, da Constituição, com a redação da Emenda Constitucional nº 19, de 1998, com efeitos ex nunc, subsistindo, até o julgamento definitivo da ação, a validade dos atos anteriormente praticados com base em legislações eventualmente editadas durante a vigência do dispositivo ora suspenso.

Diante deste resultado, foi restabelecida a redação de origem do dispositivo supramencionado, retornando assim a previsão do regime

que o empregado público apenas pode ser considerado diante da eliminação do regime jurídico único previsto na redação original da do art.39 da CF/1988, sendo que diante da suspensão da eficácia da alteração do supracitado dispositivo pela EC nº 19/1998, pelo STF, com efeitos a partir de 02.08.2007, no julgamento de medida cautelar da ADI 2.135-4/DF, assevera que “enquanto permanecer essa situação, será vedada a contratação de novos empregados públicos, partindo-se do pressuposto que o art.39 da CF/1988 – na redação original revigorada – impunha a adoção do regime estatutário como o único admissível (Ibidem. p. 881/1033). Já para Diógenes Gasparini “a Constituição não veda que o regime seja misto, facultando, portanto, a convivência desses dois regimes para a vinculação dos servidores públicos a entidades da Administração direta, autárquica e fundacional pública. Trata-se, desse modo, de uma opção político-administrativa do ente federado, que poderá escolher pelo regime estatutário ou misto, mas nunca exclusivamente celetista. (Ibidem. p. 226). Para José dos Santos Carvalho Filho “Muita polêmica se originou desse mandamento, porquanto, não tendo sido suficientemente claro, permitiu o entendimento, para uns, de que o único regime deveria ser o estatutário, e para outros o de que a pessoa federativa poderia eleger o regime adequado, desde que fosse único. Na verdade, nunca foi dirimida a dúvida. O certo é que havia entidades políticas em que se adotou o regime estatutário, ao lado de outras (sobretudo Municípios), nas quais adotado foi o regime trabalhista. (...) pensamos que o Constituinte nem quis obrigar à adoção exclusiva do regime estatutário, nem, por outro lado, desejou admitir a cisão de regimes entre a Administração Direta, de um lado, e as autarquias e fundações de direito público, de outro. No primeiro caso, não houve expresso mandamento constitucional que conduzisse àquela conclusão; no segundo, a cisão retrataria uma ruptura lógica criada para a unicidade do regime. Por via de consequência, reiterando pensamento que já adotávamos em edições anteriores, consideramos que a intenção do Constituinte foi a de que o regime de pessoal fosse apenas único, seja estatutário, seja o trabalhista – tese sufragada pela segunda corrente doutrinária mencionada – com o que se poderiam evitar os velhos confrontos entre servidores da mesma pessoa federativa, tendo por alvo normas diversas estabelecidas por cada um daqueles regimes”. (CARVALHO FILHO, op. cit., p. 631-632)

jurídico único, ainda que em caráter provisório, até que o Supremo Tribunal Federal julgue a discussão em caráter definitivo.

Ademais, o STF conferiu no julgamento em questão, efeitos não retroativos na suspensão da vigência do art. 39 (foram *ex nunc*), de modo que todas as contratações e demais atos praticados com base na legislação editada até a decisão cautelar permanecem válidos.

Considerando este contexto, tendo em vista a redação original do art.39, da Constituição Federal, o regime jurídico único voltou a ser regra para os Entes Federados, muito embora as dúvidas que permeiam a caracterização deste regime, conforme já destacado acima permanecem presentes atualmente.

1 ESTABILIDADE DO EMPREGADO PÚBLICO – DIVERGÊNCIAS NA DOCTRINA E NAS DECISÕES JUDICIAIS

Considerando o exposto até o momento, notamos que a Constituição Federal conferiu no capítulo reservado à Administração Pública várias definições pertinentes aos agentes públicos em sentido amplo, sendo que o instituto da estabilidade também foi previsto pela Carta Magna no art. 41²³.

Sobre o tema estabilidade, Diógenes Gasparini entende que

Pode ser definida como a garantia constitucional de permanência no serviço público, do servidor estatutário nomeado, em razão de concurso público, para titularizar cargo de provimento efetivo, após o transcurso do triênio constitucional.²⁴

Imperioso registrar que da estabilidade decorrem os direitos à reintegração, à disponibilidade e ao aproveitamento.²⁵

Tendo em vista a redação original do art. 41, da Carta Magna, antes do advento da Emenda Constitucional nº 19/98 (“São estáveis, após dois anos de efetivo exercício, os servidores nomeados em virtude de concurso

23. Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

24. GASPARINI, op. cit., p. 265.

25. Destaca-se que tais direitos são extraídos dos §§ 2º e 3º do art.41, da Constituição Federal, na qual Di Pietro assim define: “Reintegração é o reingresso do servidor demitido, quando seja invalidada por sentença judicial a sua demissão, sendo-lhe assegurado ressarcimento das vantagens ligadas ao cargo. [...] A disponibilidade é a garantia de inatividade remunerada, assegurada ao servidor estável, em caso de ser extinto o cargo ou declara a sua desnecessidade. (...) O aproveitamento é o reingresso, no serviço público, do funcionário em disponibilidade, quando haja cargo vago de natureza e vencimento compatíveis com o anteriormente ocupado (DI PIETRO, op. cit., p.760-761.)

público”) e a redação atual do supracitado dispositivo constitucional, nota-se que o mesmo é expresso ao mencionar que será aplicável aos servidores ocupantes de cargo de provimento efetivo.

Em razão disso, sobreveio dúvida quanto à extensão do instituto da estabilidade aos empregados públicos, pois se, de um lado, esses os empregados públicos são contratados nos moldes da CLT e não se enquadram na categoria de “servidores nomeados para cargo de provimento efetivo”, por outro lado essa contratação é precedida de aprovação em concurso público e tal contrato deve ser regido pela principiologia aplicável à Administração Pública, que não se compatibiliza com dispensas imotivadas ou fundadas em critérios dissonantes dos princípios da moralidade, da impessoalidade e da publicidade.

Diante deste cenário, o Tribunal Superior do Trabalho, buscou dirimir esta incerteza com a edição da súmula nº 390, com o seguinte teor:

SÚMULA 390 - ESTABILIDADE. ART. 41 DA CF/1988. CELETISTA. ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA OU FUNDACIONAL. APLICABILIDADE. EMPREGADO DE EMPRESA PÚBLICA E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. INAPLICÁVEL (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 229 e 265 da SBDI-1 e da Orientação Jurisprudencial nº 22 da SBDI-2) Res.129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988.(ex-OJs nºs 265 da SBDI-1 - inserida em 27.09.2002 - e 22 da SBDI-2- inserida em 20.09.2000)

II - Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988 (ex-OJ nº 229 da SBDI-1, 20.06.2001)

Já no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mistas, o TST publicou a orientação jurisprudencial nº 247, da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, reforçando o entendimento já adotado na súmula nº 390, item II:

SERVIDOR PÚBLICO. CELETISTA CONCURSADO. DESPEDIDA IMOTIVADA. EMPRESA PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE (alterada – Res. nº 143/2007) - DJ 13.11.2007

I - A despedida de empregados de empresa pública e de

sociedade de economia mista, mesmo admitidos por concurso público, independe de ato motivado para sua validade; II - A validade do ato de despedida do empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) está condicionada à motivação, por gozar a empresa do mesmo tratamento destinado à Fazenda Pública em relação à imunidade tributária e à execução por precatório, além das prerrogativas de foro, prazos e custas processuais.

Nesse passo, o TST acabou por conferir aos empregados públicos que ingressaram por meio de concurso público de provas ou provas e títulos na administração direta, autárquica e fundacional, o direito a estabilidade que também é assegurado sem questionamentos, aos servidores estatutários, nos termos do art. 41, da Constituição Federal. Ao passo que para os empregados públicos de empresa pública e de sociedade de economia mista, mesmo que sejam admitidos por concurso públicos, em respeito ao estabelecido no art. 37, inciso II, da Constituição Federal, a estes não seria assegurado o direito à estabilidade, pois tais entes públicos, sujeitam-se às regras das empresas privadas, como preceitua o art. 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal, entendendo que se tais empregados tivessem estabilidade, teriam vantagem em relação aos demais trabalhadores da iniciativa privada, criando distorção trabalhista neste setor no qual o ente da administração indireta foi criado, inviabilizando a própria competição inerente a tal regime

Diante deste panorama, observa-se que até os dias atuais não é pacífico o entendimento acerca do alcance da estabilidade aos empregados públicos.

Nesse sentido, cita-se a título de exemplo o posicionamento de parcela²⁶ da doutrina representada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

26. Para Irene Nohara, há discordância com os termos da referida súmula com base em três argumentos: “Primeiro, o art. 41, caput, da Constituição Federal fala claramente em cargo e não em emprego público, tanto assim, que Hely Lopes Meirelles também expressa que ‘a nomeação para cargo de provimento efetivo – embora se refira ao servidor, é atributo do cargo, o que afasta a aquisição de estabilidade por parte do servidor público regido pela CLT’. Segundo, apesar de haver argumento em outro sentido, historicamente, se relata que a estabilidade permanente foi substituída pelo sistema de opção pelo FGTS, no âmbito privado; assim, seriam incompatíveis a estabilidade permanente - e não a provisória, prevista para os casos descritos acima – e o FGTS, que pressupõe multa de 40% para despedidas arbitrárias, em caráter compensatório. Em suma, é incompatível, em nossa visão, FGTS com estabilidade permanente – basta refletir sobre os fundamentos do surgimento da opção pelo FGTS. Por fim, enquanto o contrato de experiência é pelo regime da CLT de no máximo 90 dias, não é justo que seja conferida a mesma estabilidade do servidor público estatutário, pois este, além de tudo, se submete a estágio probatório, o que não ocorre, via de regra, para o empregado público. [...] A adoção da estabilidade sempre foi voltada mais para o desenvolvimento de funções tipicamente administrativas, como o desempenho do poder de polícia, ficando o regime celetista destinado propositadamente para aquelas atividades desempenhadas pelo Estado em regime jurídico privado. (NOHARA, op. cit., p.648.)

Não tem qualquer sentido a Súmula 390, I do TST, quando estabelece que o servidor celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988”; esse entendimento já era difícil de ser aceito na redação original do artigo 41 da Constituição. Quiçá nos tempos atuais, haja vista que a Emenda Constitucional nº 19 de 1998, só assegura estabilidade ao servidor nomeado para cargo de provimento efetivo. Com isso, não mais se justifica a outorga de estabilidade ao servidor celetista, que é contratado (e não nomeado) para emprego (e não cargo). A distinção entre cargo e emprego resulta claramente da Constituição, especialmente do artigo 37, I, II e VIII, e também do respectivo regime previdenciário. Os ocupantes de emprego são beneficiados com os direitos sociais previstos no artigo 7º (proteção contra despedida arbitrária, seguro-desemprego, fundo de garantia) não assegurados aos servidores estatutários; e o próprio regime previdenciário é diverso, consoante decorre do artigo 40, §13, da Constituição. A Súmula 390, I, do TST iguala situações que, pela Constituição, são submetidas a regimes jurídicos diferenciados.²⁷

Sob outra perspectiva visualizamos o entendimento de Gustavo Filipe Barbosa Garcia que assim assevera:

(...) tendo em vista a necessidade de interpretar a disposição de forma teleológica, (...) é possível continuar entendendo não ser razoável que o regime jurídico do servidor público, por si só, possa ser decisivo na aquisição de estabilidade enfocada. Imagina-se o caso de dois servidores nomeados para a mesma atividade pública, em razão de aprovação no respectivo concurso público na mesma época, um estando regido pelo estatuto e outro pela Consolidação das Leis do Trabalho. Dizer que somente um deles é apto a adquirir a estabilidade prevista no art.41 da Constituição Federal representa violação dos princípios da razoabilidade e da igualdade (art.5, caput, da CF/1988). O próprio art.41 da CF/1988, na verdade, se bem analisado, não faz menção ao regime jurídico propriamente. Aliás, a nomeação em virtude de concurso público ocorre seja com os servidores estatutários, seja com os regidos pela CLT. Obviamente, por *não* serem nomeados para cargo de provimento efetivo, os servidores públicos nomeados em comissão (art.37, inciso II, parte final, da CF/1988) e os contratados por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público (art.37, inciso IX, da CF/1988) não estavam e não estão aptos a adquirir estabilidade sob estudo, seja antes ou depois da Emenda

27. DI PIETRO, op. cit., p. 749.

Constitucional n 19/1998.²⁸

Diante desta divisão, imperioso destacar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal que já entendeu que em consonância com a súmula n° 390 do TST, a estabilidade prevista no art. 41 da Constituição Federal não seria restrita apenas aos servidores estatutários:

ESTABILIDADE SERVIDOR PÚBLICO. A estabilidade prevista no artigo 41 da Constituição Federal independe da natureza do regime jurídico adotado. Servidores concursados e submetidos ao regime jurídico trabalhista têm jus à estabilidade, pouco importando a opção pelo sistema do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (2ª Turma, RE 187.229-2/PA, rel. Min. Marco Aurélio, julgado em: 14.05.1999)

Justiça do Trabalho. Disponibilidade de empregado público. - O Plenário desta Corte, ao julgar o MS 21236, firmou o entendimento de que a garantia constitucional da disponibilidade remunerada decorre da estabilidade no serviço público, que é assegurada, não apenas aos ocupantes de cargos, mas também aos empregos públicos, já que o art.41 da C.F. se refere genericamente a servidores. Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido. Recurso extraordinário conhecido e provido (1ª Turma, RE 247.678-1/RJ, rel. Min. Moreira Alves, julgado em: 26.11.1999).

Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Funcionários de empresa pública. Regime Celetista. Readmissão com fundamento no art. 37 da Constituição Federal. Impossibilidade. Estabilidade que se aplica somente a servidores públicos. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento” (AI n° 561.230/RS-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, julgado em: 22/06/2007)

No entanto, é necessário destacar que em outros julgados, o STF ao apreciar a questão, apresentou entendimento em sentido oposto, entendendo que apenas os servidores estatutários são destinatários do instituto da estabilidade constitucional:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO

EXTRAORDINARIO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL INVESTIDO EM FUNÇÃO.

REGIME CELETISTA. DISPENSA. ESTABILIDADE. INOCORRÊNCIA.

1. A decisão agravada reconheceu que o acórdão recorrido

28. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito de Trabalho*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 748-749.

decidiu a questão conforme a legislação infraconstitucional local, que regulou o contrato de trabalho de servidor público, o que inviabiliza a admissão do extraordinário por ofensa reflexa à Constituição Federal. 2. Não caracteriza ofensa ao art. 41 da Constituição Federal dispensa de servidor público investido em função e contratado pelo regime celetista, por ausência de interesse da Administração em prorrogar seu contrato de trabalho 3. Agravo regimental improvido. (RE 342.538 AgR/SP, 2ª Turma, Relatora Ministra. Ellen Gracie, julgado em: 10.03.2009).

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDOR PÚBLICO. ART. 41 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ADMISSÃO POR CONCURSO PÚBLICO ANTES DO ADVENTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL 19/98. ESTABILIDADE. REINTEGRAÇÃO. PRECEDENTE DO PLENÁRIO. 1. A jurisprudência desta Corte consignou que a estabilidade assegurada pelo art. 41 da Constituição Federal, na sua redação original, estende-se aos empregados públicos, admitidos por concurso público antes do advento da EC 19/98, pois “se refere genericamente a servidores”. Precedente do Plenário: MS 21.236/DF. 2. Agravo regimental improvido. (AI 480432 AgR/SP, 2ª Turma, Relatora Ministra. Ellen Gracie, julgado em: 23.03.2010).

Não obstante esta variação de entendimento por parte do STF, a questão voltou a ganhar destaque nos últimos anos, precisamente em razão do questionamento acerca da constitucionalidade do teor da Orientação Jurisprudencial nº 247, do TST da Seção Especializada de Dissídios Individuais I- SBDI – I, do TST.

Em face do instituto da repercussão geral, incluído no § 3º do art.102, da Constituição Federal, pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, que objetiva a uniformização da jurisprudência para todo o Poder Judiciário, a questão foi levada ao STF, que no Recurso Extraordinário nº 589.998/PI, conferiu a existência de Repercussão Geral quanto ao referido tema em 06/11/2008, com a seguinte tese:

EMENTA: DIREITO DO TRABALHO. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT. DISPENSA IMOTIVADA DE SEUS EMPREGADOS. IMPOSSIBILIDADE. ITEM II DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL 247 DA SBDI-1 DO TST. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÕES SUFICIENTES PARA A RECUSA DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

Em 20/03/2013, o Tribunal Pleno do STF concluiu o julgamento em questão, tendo entendido que

EMENTA: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT. DEMISSÃO IMOTIVADA DE SEUS EMPREGADOS. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DA DISPENSA. RE PARCIALEMENTE PROVIDO. I - Os empregados públicos não fazem jus à estabilidade prevista no art. 41 da CF, salvo aqueles admitidos em período anterior ao advento da EC nº 19/1998. Precedentes. II - Em atenção, no entanto, aos princípios da impessoalidade e isonomia, que regem a admissão por concurso público, a dispensa do empregado de empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos deve ser motivada, assegurando-se, assim, que tais princípios, observados no momento daquela admissão, sejam também respeitados por ocasião da dispensa. III – A motivação do ato de dispensa, assim, visa a resguardar o empregado de uma possível quebra do postulado da impessoalidade por parte do agente estatal investido do poder de demitir. IV - Recurso extraordinário parcialmente provido para afastar a aplicação, ao caso, do art. 41 da CF, exigindo-se, entretanto, a motivação para legitimar a rescisão unilateral do contrato de trabalho.

Diante do teor desse julgamento, é possível ver que o STF ao se debruçar sobre a constitucionalidade do item II da Orientação Jurisprudencial nº 247 do TST, entendeu que especificamente para a empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos, mesmo o empregado público não sendo detentor de estabilidade quando ingressa nos quadros de referidas entidades, nos casos de eventual demissão, faz-se necessária a motivação do ato por parte destas estatais.

Não obstante, visualiza-se ainda que o STF também constou do resultado do julgamento que os empregados públicos não fazem jus ao instituto da estabilidade prevista no art. 41 da Constituição Federal, excetuando aqueles que tenham sido admitidos em período anterior ao advento da Emenda Constitucional nº 19/98, tendo sido mencionado no respectivo voto os seguintes precedentes:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO CONVERTIDO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EMPREGADO PÚBLICO. APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO ANTERIOR À EC 19/98. ESTABILIDADE”. 1. A garantia da estabilidade, prevista no artigo 41 da Constituição, estende-se aos empregados públicos celetistas, admitidos em período anterior ao advento da EC nº 19/98. 2. Agravo

regimental a que se dá provimento” (AI 472.685-AgR, 2ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, julgado em: 16/09/2008).

CONSTITUCIONAL. EMPREGADO DE FUNDAÇÃO PÚBLICA. APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO EM DATA ANTERIOR À EC 19/98. DIREITO À ESTABILIDADE. I - A estabilidade prevista no caput do art. 41 da Constituição Federal, na redação anterior à EC 19/98, alcança todos os servidores da administração pública direta e das entidades autárquicas e fundacionais, incluindo os empregados públicos aprovados em concurso público e que tenham cumprido o estágio probatório antes do advento da referida emenda, pouco importando o regime jurídico adotado. II - Agravo regimental improvido” (AI nº 628.888/SP-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 19/12/07).

Nota-se, no entanto, que muito embora já existisse precedentes do STF nesse sentido, a questão não era totalmente pacificada, como já exposto anteriormente.

Nesse passo, o STF ao decidir a questão específica em sede de repercussão geral sobre a despedida imotivada de empregados públicos especificamente de empresa pública, acabou fixando na respectiva ementa da conclusão do respectivo julgamento, tese mais ampla, de que todos os empregados públicos, e não apenas aqueles que tenham vínculo com empresas públicas e sociedades de economia mistas, não são destinatários do instituto da estabilidade previsto no art. 41, da Constituição Federal.

Por essa via de entendimento, o julgamento da questão pelo STF, possibilitou o raciocínio de que para todos os empregados públicos seria necessária a motivação do ato de eventual dispensa, mesmo não possuindo estabilidade, sendo que o julgamento em tese cuidava de caso específico atrelado a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – EBCT.

Cumprе salientar que em acréscimo ao julgado em debate, em 05/12/2018 foi publicado acórdão no qual o STF, em sede de julgamento de recurso de embargos de declaração do referido Recurso Extraordinário nº 589.998/PI, esclareceu o alcance de repercussão geral da questão, complementando o julgamento anterior, fixando a seguinte tese:

Ementa: Direito Constitucional e Direito do Trabalho. Embargos de declaração em recurso extraordinário. Dispensa sem justa causa de empregados da ECT. Esclarecimentos acerca do alcance da repercussão geral. Aderência aos elementos do caso concreto examinado. 1. No julgamento do RE 589998, realizado sob o regime da repercussão geral, esta Corte estabeleceu que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT tem o dever

de motivar os atos de dispensa sem justa causa de seus empregados. Não houve, todavia, a fixação expressa da tese jurídica extraída do caso, o que justifica o cabimento dos embargos. 2. O regime da repercussão geral, nos termos do art. 543-A, § 7º, do CPC/1973 (e do art. 1.035, § 11, do CPC/2015), exige a fixação de uma tese de julgamento. Na linha da orientação que foi firmada pelo Plenário, a tese referida deve guardar conexão direta com a hipótese objeto de julgamento. 3. A questão constitucional versada no presente recurso envolvia a ECT, empresa prestadora de serviço público em regime de exclusividade, que desfrutava de imunidade tributária recíproca e paga suas dívidas mediante precatório. Logo, a tese de julgamento deve estar adstrita a esta hipótese. 4. A fim de conciliar a natureza privada dos vínculos trabalhistas com o regime essencialmente público reconhecido à ECT, não é possível impor-lhe nada além da exposição, por escrito, dos motivos ensejadores da dispensa sem justa causa. Não se pode exigir, em especial, instauração de processo administrativo ou a abertura de prévio contraditório. 5. Embargos de declaração providos em parte para fixar a seguinte tese de julgamento: A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT tem o dever jurídico de motivar, em ato formal, a demissão de seus empregados.

Com este julgamento, é possível notar desde então a existência de cisão de entendimento no âmbito do TST, que se mantém em decisões recentes, sobre a incidência da Súmula nº 390, sendo possível constatar em determinadas situações, uma restrição ao interpretar o conteúdo do item I da Súmula nº 390 da referida corte, de modo a seguir um alinhamento com o decidido pelo STF no RE nº 589.998/PI, restringindo o direito à estabilidade aos empregados públicos admitidos antes da Emenda Constitucional nº 19/1998 da Administração Direta, Autárquica e Fundacional Pública:

RECURSO DE REVISTA. REINTEGRAÇÃO. APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. CONTINUIDADE DA RELAÇÃO DE EMPREGO. ESTABILIDADE DE EMPREGADO PÚBLICO NOMEADO ANTES DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 19/98. ART. 41 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SÚMULA 390, I, DO TST. O Tribunal Superior do Trabalho pacificou o entendimento de que a aposentadoria espontânea não extingue o contrato de trabalho, conforme preconiza a Orientação Jurisprudencial 361 da SBDI-1 do TST. Assim, nessa hipótese, considerando a estabilidade prevista no art. 41 da Constituição Federal, em sua redação original, o servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no referido dispositivo constitucional. Ressalvo

entendimento em razão do que decidiu o Supremo Tribunal Federal que, ao analisar o tema, distinguiu os empregados públicos admitidos antes da Emenda Constitucional nº 19, de 1998, publicada no DOU de 05/06/1998, para os quais a estabilidade após o segundo ano de contrato converteu-se em direito adquirido, daqueles que, sendo admitidos após a mudança, não adquiriam mais a estabilidade. No caso, em proveito da incidência da Súmula 390, I, do TST, é incontroverso que a autora foi admitida em 05/01/1988. Recurso de revista conhecido e provido. (RR - 3007-45.2012.5.02.0051, 6ª Turma, Relator Desembargador Convocado: Fábio Túlio Correia Ribeiro, Julgado em: 03/10/2018, Publicado em: 05/10/2018)

RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 13.015/2014. EMPREGADO PÚBLICO. REGIME CELETISTA. ADMISSÃO POSTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL 19/1998. AUSÊNCIA DE DIREITO À ESTABILIDADE PREVISTA NO ART. 41 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. O servidor público celetista admitido após a Emenda Constitucional 19/1998 não tem direito à estabilidade prevista no art. 41 da Constituição da República. Precedentes. Recurso de Embargos de que se conhece e a que se nega provimento. (PROCESSO Nº TST-E-RR-106500-15.2005.5.02.0332 C/J PROC. Nº TST-AIRR-106540-94.2005.5.02.0332, SDI- I, Relator Ministro João Batista Brito Pereira, julgado em 06/09/2018, Publicado em 16/11/2018)

De outro giro, é possível constatar em outros julgados recentes, entendimento diverso, que confere interpretação ampla aos termos do item I da súmula nº 390, no sentido de que todos os empregados públicos da Administração Direta, Autárquica e Fundacional Pública, são destinatários do instituto da estabilidade do art. 41 da Constituição Federal:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. SERVIDOR PÚBLICO CELETISTA. AUTARQUIA ESTADUAL. ESTABILIDADE . REINTEGRAÇÃO. A decisão regional encontra-se em conformidade com o teor da Súmula n.º 390, I, desta Corte, motivo pelo qual afasta-se a violação constitucional indicada. Agravo de Instrumento conhecido e não provimento.(...) No que se refere à estabilidade , nos termos do art. 41 da Constituição Federal, são estáveis após três anos de efetivo exercício, os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de Concurso Público. A expressão servidor público do referido dispositivo legal, abrange tanto os trabalhadores vinculados à Administração Pública pelo regime estatutário, quanto os servidores públicos celetistas da

administração direta, autárquica ou, fundacional, desde que admitidos mediante Concurso Público. Considerando que a Impetrante foi admitida após prévia aprovação em Concurso Público, pela Autarquia Estadual, em 1/4/2008 (ID fb55f0a), é incontroverso que possuía mais de três anos de efetivo exercício e, portanto, gozava da estabilidade do art. 41 da Constituição Federal à época de sua dispensa pela autoridade coatora (ID b476972 - pág. 1). Ora, nos termos do § 1.º do citado dispositivo constitucional, a trabalhadora só poderia ser desligada dos quadros do ente público após sentença judicial transitada em julgado (inciso I); mediante processo administrativo em que lhe fosse assegurada ampla defesa (inciso II) ou; mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, em que lhe fosse assegurada ampla defesa (inciso III). Inclusive esse é o entendimento constante no item I da Súmula n.º 390 do C. TST (...) (PROCESSO N.º TST-AIRR-10339-86.2016.5.15.0075, 4ª Turma, Relatora Ministra Maria de Assis Calsing, julgado em 13/06/2018, publicado em 15/06/2018)

AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. APELO INTERPOSTO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI N.º 13.015/2014. IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO. PROCURADOR AUTÁRQUICO. NÃO CONFIGURAÇÃO. CONTRARIEDADE À SÚMULA N.º 436 CARACTERIZADA. Tendo a Agravante superado os fundamentos da decisão agravada, dá-se provimento ao Agravo para apreciar o Agravo de Instrumento interposto. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. REMESSA DE OFÍCIO. CONTRIBUIÇÕES FISCAIS. O Regional não se manifestou sobre a legislação apontada pela Reclamada, o que atrai a aplicação da Súmula n.º 297 do TST. APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA. CONTINUIDADE DO CONTRATO. POSTERIOR DISPENSA SEM JUSTA CAUSA. EMPREGADO DE FUNDAÇÃO PÚBLICA. DIREITO À ESTABILIDADE. SÚMULA N.º 390, I, DO TST. REINTEGRAÇÃO. Nos termos da Súmula n.º 390, I, do TST, “O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988”. Dessa feita, não há como afastar a estabilidade, após o pedido de aposentadoria espontânea pelo regime geral da previdência Social. Decisão regional em concordância com o entendimento desta Corte. Agravo de Instrumento conhecido e não provido. (...) Ficou incontroverso que o Reclamante atendeu ao requisito previsto no artigo 41 da CF, porquanto foi admitido por meio de concurso público em 1.º/10/2001

e aposentado em dezembro/2009. Noutro giro, o debate relativo à aplicabilidade ou não da estabilidade prevista no artigo 41 da CF ao empregado celetista concursado não comporta mais discussão nesta Corte, que editou a Súmula n.º 390, I. Esse verbete sumular deixou pacificado que o servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional, caso dos autos, é beneficiário da estabilidade prevista no artigo 41 da Constituição Federal.(...)(Processo: Ag-AIRR - 112-66.2010.5.15.0004 , 1ª Turma, Relator Desembargador Convocado: Roberto Nobrega de Almeida Filho, Julgado em: 03/10/2018, Publicado em: 05/10/2018.)

Diante desse cenário, e principalmente após o julgamento do RE 589.998/PI pelo STF, é possível ainda constatar que o entendimento acerca da incidência da estabilidade constitucional aos empregados públicos, também é oscilante no âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho, conforme se nota a título de exemplo nos seguintes julgados recentes:

FUNDAÇÃO. EMPREGADA PÚBLICA. ADMISSÃO APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL 19/98. ESTABILIDADE DO ART. 41 NÃO RECONHECIDA. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A DISPENSA.REINTEGRAÇÃO. Não são titulares da estabilidade prevista no art. 41 da CF, os empregados públicos admitidos por concurso após o advento da Emenda Constitucional 19/1998, consoante Precedentes do Supremo Tribunal Federal, que culminaram no julgamento em plenário do Recurso Extraordinário nº 589.998 na Suprema Corte, em março de 2013, com repercussão geral reconhecida, afastando a estabilidade mas ressalvando a necessidade de motivação da dispensa: “EMENTA: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT. DEMISSÃO IMOTIVADA DE SEUS EMPREGADOS. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DA DISPENSA. RE PARCIALMENTE PROVIDO”. Assim, admitida em 2010, a reclamante não era empregada estável, podendo ser validamente dispensada. Todavia, sua dispensa deveria ser motivada, a teor do decidido pelo STF e o item II da OJ nº 247 da SBDI-1 do C. TST, o que não ocorreu: a uma, porque a motivação apresentada pela administração (extinção da Fundação empregadora), não se revela suficiente e idônea para o fim colimado, pois como opina o parquet, na sucessão do Estado de São Paulo das obrigações da FUNDAP, pela sua Secretaria de Planejamento e Gestão, estão incluídas também as obrigações decorrentes dos contratos de trabalho firmados com seus empregados públicos, cujos contratos deveriam ter sido mantidos mediante o aproveitamento (inteligência dos arts. 2º da Lei Estadual

nº 16.019/2015, e 2º do Decreto Estadual n.º 61866/2016, que tratam, respectivamente, da extinção e destinação dos bens e recursos da FUNDAÇÃO; a duas, porque ainda conforme Parecer do MPT (ID. c26884f), “...o próprio Recorrido, ao realocar alguns servidores da extinta FUNDAÇÃO para outros órgãos, não somente demonstrou que a extinção, per se, não é empecilho à permanência das relações de trabalho firmadas com os servidores públicos estatutários e celetistas, como perpetra uma conduta discriminatória entre servidores que se encontram numa mesma situação”. Nesse contexto, nula a dispensa, sem motivação e ainda, discriminatória, acolhendo-se parcialmente o RO para determinar a reintegração da reclamante. (Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região - PROCESSO nº 1001872-17.2017.5.02.0047 (RO), 4ª TURMA, RELATOR: DESEMBARGADOR RELATOR RICARDO ARTUR COSTA E TRIGUEIROS, publicado em 30/10/2018)

(...) o presente caso concreto, é incontroverso que o reclamante foi admitido mediante concurso público para trabalhar para fundação pública estadual, sob o regime da CLT, em 08.09.2011, após, portanto, a publicação da Emenda Constitucional nº 19, razão pela qual não era detentor, portanto, da estabilidade prevista no art. 41 da CF no momento de sua demissão, em 04.04.2016. (...) entendo que o reclamante não é detentor da estabilidade prevista no art. 41 da Constituição Federal. Feitas tais considerações, em que pese a inexistência da estabilidade pretendida, há que se ressaltar que o ingresso do reclamante como empregado de fundação pública se deu mediante aprovação prévia em concurso público, de forma que o seu desligamento não pode ser efetivado senão por ato administrativo motivado, em observância aos princípios da impessoalidade e da isonomia. (Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região – Processo (RO) nº 1000369-09.2017.5.02.0031, 4ª Turma, Desembargadora Relatora LYCANTHIA CAROLINA RAMAGE, publicado em 16/10/2018.)

Exsurge dos autos que a Autora foi empregada pública celetista, contratada após aprovação em processo seletivo, em 17/07/2010, para as funções de vigia. Dentre outras verbas contratuais, postulou o direito à estabilidade no cargo, visto que o contrato ultrapassou o interregno do estágio probatório, nos termos do art. 37, II, CF. Argumenta ter sido demitida de forma abrupta, em 17/03/2014 (...) controverso, nos autos, que a Reclamante foi admitida pela parte Reclamada, em 17/07/2010, para o cargo de vigia, após aprovação no processo seletivo (mencionado como Edital 001/2008, que não se encontra nos autos, contudo), sendo, pois, detentora da estabilidade prevista no art. 41 da CF, conforme entendimento previsto na Súmula 390, I, do

C. TST (TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO, PROCESSO nº 0010265-48.2016.5.15.0102 (RO), 7ª TURMA, RELATORA DESEMBARGADORA LUCIANE STOREL DA SILVA, Julgado em 17/12/2018)

Consoante a CTPS ID. 33241b6 (fl. 31), o reclamante foi admitido pela FAEPA em 08/08/2011, como oficial administrativo, e dispensado sem justa causa em 17/01/2017 (cf. TRCT ID. f2cb58f, fl. 60). A contratação do reclamante foi precedida de aprovação em processo seletivo e sua convocação para atuar junto ao Hospital Estadual de Américo Brasiliense foi publicada no Diário Oficial do Estado de São Paulo de 13/07/2011 (ID. 0c41671, fl. 34). (...) Destarte, correta à origem em reconhecer que a 1ª reclamada se trata de fundação pública, sujeita às regras e aos princípios previstos no art. 37, da CF/88. Há recente precedente desta C. Câmara neste sentido, nos autos do processo nº 0011317-76.2016.5.15.0006, Acórdão publicado em 08/08/2018, de Relatoria da Desembargadora Erodite Ribeiro dos Santos De Biasi. No que tange à estabilidade provisória e à reintegração ao emprego, também não comporta reparos a r. sentença, que fica mantida pelos seus próprios fundamentos, porquanto deu correta solução à questão: “3a. O Edital de processo seletivo comprova a contratação do reclamante em respeito aos princípios constitucionais da legalidade, da impessoalidade e da moralidade, expressamente, consagrados no artigo 37, da CF/88. Nesses termos, o reclamante é beneficiário da estabilidade prevista no artigo 41 da CF/88, conforme preceitua a Súmula 490 do C. TST, cujo teor o Juízo acompanha. No presente caso, o reclamante, servidor empregado de Fundação Pública, só poderia ter o seu contrato rescindido, sem justa causa, mas de forma motivada, ou por justa causa e, em ambas as hipóteses, mediante a garantia do contraditório e da ampla defesa. A reclamada, em contestação, reconheceu que afastou o reclamante das suas funções após entender pela sua inaptidão ao cargo. Entretanto, verifica-se que, em nenhum momento, garantiu ao reclamante o contraditório e a ampla defesa. A reclamada decidiu, de forma unilateralmente, que o reclamante não estava apto para exercer a função, não dando a chance do contraditório, nem oferecendo um treinamento mais específico. Nesses termos, não se reconhece que tenha havido motivo para a cessação do contrato de trabalho com o reclamante, de modo que a resolução contratual realizada pela reclamada feriu os princípios da impessoalidade e da moralidade manifestos na manutenção do posto de trabalho justificada pela prévia aprovação no concurso público. Vale dizer: a resolução contratual teve o efeito de impedir as finalidades do concurso público. Assim, considera-se nula a dispensa do

reclamante, em 17/1/2017 e defere-se a sua reintegração, com o pagamento dos salários atrasados e demais verbas trabalhistas pretendidas no item VI da causa de pedir, até a sua efetiva reintegração.” (ID. ad11144, fl. 615). A despeito das alegações recursais no aspecto, a 1ª reclamada não provou que a rescisão foi precedida de processo administrativo ou procedimento que garantiu o contraditório. Outrossim, a 1ª ré também não provou que a demissão foi motivada, sobrelevando ressaltar, neste particular, que o TRCT revela que a decisão foi sem justa causa. Assim, considerando que o reclamante é detentor de estabilidade prevista no art. 41, da CLT, conforme Súmula 390, do C. TST, e uma vez que a rescisão não observou os requisitos acima, correta a nulidade da dispensa com a conseguinte reintegração ao emprego e pagamento dos salários devidos no período, consoante decidiu a origem. (TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO, PROCESSO n° 0012129-37.2017.5.15.0151 (RO), 4ª TURMA, RELATOR Juiz HAMILTON LUIZ SCARABELIM, Julgado em 30/10/2018)

Considerando os julgados acima mencionados, é possível detectar que não há uniformidade de tratamento da questão, nas decisões proferidas no âmbito da Justiça Especializada do Trabalho, ora seguindo o entendimento ementado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n° 589.998/PI, em outros casos fazendo leitura ampla da súmula n° 390 do Tribunal Superior do Trabalho ou ainda, entendendo que para os empregados públicos da Administração Direta, Autárquica ou Fundacional Pública, aplicam-se os preceitos do item II da orientação jurisprudencial n° 247 do TST, de forma que os admitidos após EC n° 19/1998 não possuem estabilidade, de forma que no caso de despedida, a validade do ato dependerá de motivação, como acontece com a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, entendimento que foi confirmado pelo STF no supracitado RE n° 589.998/PI.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista o contexto atual da situação exposta, não é possível afirmar de forma definitiva se o direito a estabilidade previsto no art.41 da Constituição Federal, é assegurado aos empregados públicos dos órgãos da Administração Direta e Indireta (Autarquias e Fundações Públicas), de modo que a questão ainda dependerá de apreciação por parte do STF sobre esta questão específica, tendo em vista que o julgado no Recurso Extraordinário n° 589.998/PI, tratava de questão reservada aos empregados públicos da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, não sendo possível concluir

conforme se nota em parte das recentes decisões que vem sido proferidas pela Justiça Especializada Trabalhista, de que o STF apreciou a questão em definitivo, tendo em vista a menção a este tema na ementa do referido julgamento.

Além disso, conforme demonstrado anteriormente, há oscilação de entendimento na seara trabalhista, que alcança até o próprio Tribunal Superior do Trabalho, consoante os recentes julgados que foram citados a título de exemplo, sendo que em determinados casos, é possível se deparar com julgados, fazendo uma leitura extensiva do conteúdo do item I da súmula 390, conferindo o direito a estabilidade para todos os empregados públicos da Administração Direta, das Autarquias e Fundações Públicas; já em outros casos, é entendido que apenas possuem estabilidade, os empregados públicos que ingressaram nos referidos entes até o advento da Emenda Constitucional nº 19/1998, que alterou a redação do art. 41, da Constituição Federal, sendo que nessa ótica, referido dispositivo constitucional ao dispor que são destinatários a este direito, os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo, é defendido que diante desta terminologia, a estabilidade seria restrita apenas aos servidores estatutários, que possuem cargo de provimento efetivo.

Ainda, diante desta última linha de argumentação, de que após o advento da Emenda Constitucional nº 19/1998, os empregados públicos que conseqüentemente ingressaram na Administração Direta, Autárquica ou Fundacional Pública não seriam detentores da estabilidade prevista no art. 41 da Constituição Federal, foram citados julgados entendendo também que para tais servidores, deverá ser assegurada a motivação para sua dispensa, equiparando-se para este grupo, o mesmo tratamento concedido a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, no item II da Orientação Jurisprudencial nº 247 da SBDI-I do TST, ao interpretar a decisão do STF, extraída do Recurso Extraordinário nº 589.998/PI.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 187.229-2/PA, da 2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, Brasília/DF, 15/12/1998

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 247.678-1/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Moreira Alves, Brasília/DF, 26/11/1999

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.395-6/DF, Pleno, Rel. Min. César Peluso, Brasília/DF, 05/04/2006

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 561.23-0/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, Brasília/DF, 22/06/2007

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 628.888-2/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Brasília/DF, 19/12/2007

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 472.685-5/BA, 2ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, Brasília/DF, 16/09/2008

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 342.538-2/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, Brasília/DF, 10/03/2009

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 480.432/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, Brasília/DF, 23/03/2010

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 589.998/PI, Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Brasília, 20/03/2013

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 589.998/PI, Pleno, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Brasília, 10/10/2018

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 112-66.2010.5.15.0004, 1ª Turma, Rel. Des. Convocado Roberto Nobrega de Almeida Filho, Brasília/DF, 03/10/2018

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, Recurso de Revista 3007-45.2012.5.02.0051, 6ª Turma Rel. Des. Convocado Fábio Túlio Correia Ribeiro, Brasília/DF, 03/10/2018

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 10339-86.2016.5.15.0075, 4ª Turma, Rel. Min. Maria de Assis Calsing, Brasília/DF, 13/06/2018

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, PROCESSO Nº TST Embargos em Recurso de Revista 106500-15.2005.5.02.0332 C/J PROC. Nº TST - Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 106540-94.2005.5.02.0332, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, Brasília/DF, 06/09/2018

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, Processo nº 1000369-09.2017.5.02.0031, Recurso Ordinário, 4ª Turma, Rel. Des. LYCANTHIA CAROLINA RAMAGE, São Paulo/SP, 16/10/2018.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, PROCESSO nº 1001872-17.2017.5.02.0047, Recurso Ordinário, 4ª TURMA, Rel. Des. RICARDO ARTUR COSTA E TRIGUEIROS, São Paulo/SP, 30/10/2018

BRASIL, TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO, PROCESSO nº 0010265-48.2016.5.15.0102, Recurso Ordinário, 7ª TURMA, Rel. Des. LUCIANE STOREL DA SILVA, Campinas/SP, 17/12/2018

BRASIL, TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO, PROCESSO nº 0012129-37.2017.5.15.0151, Recurso Ordinário, 4ª TURMA, Rel. Juiz HAMILTON LUIZ SCARABELIM, Campinas/SP, 30/10/2018

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 28 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 30 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de Direito de Trabalho. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

NEIVA, Rogerio. Direito e processo do trabalho aplicados à administração pública e fazenda pública. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015.

NOHARA, Irene Patrícia. Direito Administrativo. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CAPÍTULO 30

O PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO SOCIAL NA FORMULAÇÃO DAS POLÍTICAS DE ASSISTÊNCIA SOCIAL

LUIS EDUARDO PATRONE REGULES

Advogado em São Paulo; Diretor Jurídico da Fundação Padre Anchieta – Centro Paulista de Rádio e TV Educativas (2013-2014); Chefe de Gabinete da Secretaria de Governo Municipal – Prefeitura de São Paulo (2014-2016) e Coordenador da Equipe de Elaboração do Decreto de Regulamentação do MROSC na Prefeitura de São Paulo; Ex-Chefe da Assessoria Jurídica da Secretaria Municipal da Assistência Social (São Paulo). Mestre em Direito do Estado, concentração em Direito Administrativo, pela Pontifícia Universidade Católica (PUC/SP); Professor Assistente do Curso de Especialização em Direito Constitucional – Pontifícia Universidade Católica (PUC-SP); Membro das Comissões de Direito do Terceiro Setor e de Direito Constitucional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB-SP); Presidente do Conselho Diretor da Organização da Sociedade Civil ART 19 BRASIL – Pela Liberdade de Expressão; Membro Pesquisador do NEPSAS – Núcleo de Estudos e Pesquisas de Seguridade e Assistência Social da PUC/SP; Autor de artigos referentes ao Direito Público e ao Direito do Terceiro Setor, dentre outros temas; Autor da obra “Terceiro Setor – Regime Jurídico das OSCIPs” (Organizações da sociedade civil de interesse público), Editora Método, São Paulo, 2006.

O Princípio Constitucional da Participação Social. O Estado Democrático de Direito. O Papel Regulatório dos Conselhos de Políticas Públicas na Assistência Social. Os Desafios enfrentados pelo CNAS e os Avanços Normativos que edificaram o SUAS. A Importância da participação social como instrumento de consolidação

*da lei geral de parcerias – MROSC (Lei nº 13.019/14.
Conclusão.*

1 ASPECTOS PREAMBULARES

O presente escrito integra obra coletiva em homenagem ao eminente Professor e Jurista Toshio Mukai, construtor de uma das obras mais ricas e profundas do direito público brasileiro. O homenageado tem oferecido ao longo de décadas alentada obra jurídica constituída de maneira reflexiva e sob diversas perspectivas e visões. Evidente o caráter multifacetado deste autor que sempre buscou a apreensão dos institutos de direito público sob o influxo da Constituição da República. Por estas nobres razões afigura-se imperioso destacar que o Professor Toshio Mukai é fonte permanente de fecunda inspiração para todos os cultores do Direito.

No presente artigo procuramos apresentar contribuição sobre o princípio da participação social com foco na área da Assistência Social. Esta ótica de análise tem relevância não apenas em razão da opção do constituinte de 1988 pelo sistema democrático, mas também porque a Assistência Social, integrante do sistema da Seguridade Social, tem se notabilizado nas últimas décadas por um considerável avanço no plano normativo com a atuação dos Conselhos de Políticas Públicas, o que resultou na edificação do SUAS – Sistema Único de Assistência Social, instrumento maior na concretização dos direitos sociais fundamentais inscritos em nossa Carta Magna.

Tais questões normativas e regulatórias merecem estudo entre nós. Em primeiro lugar, porque o princípio democrático ou o princípio da participação social tem importância incomum na Carta de 1988 e no atual cenário nacional. Além disto, o tema ora ventilado trata de aspectos normativos que em alguma medida auxiliam na definição e, portanto, na estruturação da política de Assistência Social, o que se demonstra por demais inquietante, posto que esta área social tradicionalmente padeceu da ausência de clareza nas definições trazendo obstáculos a concreção dos direitos sociais.

O presente estudo também se debruça sobre algumas notas características da participação social nas parcerias (Lei nº 13.010/14 - MROSC) entre o Poder Público e as organizações da sociedade civil (OSCs), portanto este tópico alude às parcerias nas áreas da Assistência Social, da Educação, dos Direitos Humanos, etc.

2 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PARTICIPAÇÃO SOCIAL

A participação social é um imperativo constitucional. A Carta de 1988 não deixa dúvida acerca da opção pelo Estado Democrático de Direito (art. 1º). Tal condicionamento para a formação e o desenvolvimento do Estado brasileiro se reflete no que a doutrina denomina de *Administração Participativa*.

Portanto, aos olhos do constituinte de 1988 não basta a democracia representativa, aquela que decorre de representantes eleitos: parlamentares e chefes dos poderes executivos. Nem se esgota nos mecanismos diretos ou semidiretos de participação democrática, como o plebiscito, referendo e iniciativa legislativa popular.

É preciso assegurar espaços públicos de participação permeáveis aos anseios da sociedade civil. É indispensável dispor de mecanismos institucionais para a escuta dos reclamos e das demandas de diversos segmentos sociais, o que se traduz em nosso sistema constitucional na garantia de formulação e o controle das políticas públicas a partir da participação social.

O modelo do Estado de Direito, aquele Estado que se submete à *jurisdição* (subordinação à lei, criação da separação de poderes, instituição de uma Carta com direitos e garantias fundamentais), não se afigura suficiente para descrever o Estado brasileiro sob o prisma constitucional. O Estado Democrático, sem sombra de dúvida, demanda um *plus* em relação ao Estado de Direito.

O princípio democrático atende pelo nome de participação política. A evolução dos instrumentos de participação política se alinha com a ideia de Estado Democrático.

O Estado Democrático conforme delineado pela Constituição de 1988 estabelece uma arquitetura institucional jamais experimentada no direito constitucional brasileiro, ao menos não na extensão da última Carta.

A Carta de 1988 consagrou em seu artigo 1º, “caput” e parágrafo 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 fundamento (...):

(...) Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Os mecanismos de participação direta e indireta, típicos de nosso modelo republicano, no seu estágio mais avançado, indicam a existência

de instrumentos vitais para a vida democrática que encontram assento em vários outros dispositivos constitucionais e leis esparsas e especiais¹.

A Constituição assegura que todo o poder político emana do povo, além disto estabelece de que maneira referido poder será exercido. A arquitetura institucional vigente reverbera o princípio de participação política genuíno dos modelos democráticos. A participação crescente do povo no processo decisório ganha relevo (cf. José Afonso da Silva)².

Existem mecanismos indiretos de participação alinhados ao que se conhece como *democracia representativa*. O sistema de eleições para os cargos nos Poderes Executivo e Legislativo, como a Presidência da República, os Governos dos Estados-membros, as Chefias das Prefeituras, os cargos de Senador e Deputado, entre outros, encontram arrimo no Texto Constitucional (art. 14, parágrafo 3.º, inciso VI).

As figuras do plebiscito, do referendo, bem como da iniciativa legislativa popular estão a indicar a convivência da democracia indireta com instrumentos típicos da democracia direta ou semi-direta (art.14, incisos I, II e III). Todos eles de vital importância para a construção da democracia em nosso país.

Justamente para alargar as bases do princípio democrático, a Constituição (1988) adotou mecanismos de participação popular em órgãos colegiados, cujas competências muitas vezes consistem na formulação de políticas públicas, a exemplo do Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS), conforme bem explicitado na Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS³). Tal mecanismo se espalha por toda a estrutura federativa em Conselhos de Assistência Social ligados a cada unidade da Federação.

A Seguridade Social, da qual a Assistência Social é parte integrante, deve se guiar pelo princípio democrático, posto que compreende um “conjunto integrado de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade” (art. 194, “caput” – CF/88), organizada com base em determinados objetivos, entre eles, o “caráter democrático e descentralizado da administração” (parágrafo único, inciso VII – art. 194).

1. Na área de Saneamento Básico percebe-se que a Lei nº 11.445 de 05 de janeiro de 2007, ao fixar as diretrizes nacionais, considera como uma das condições de validade dos contratos de prestação de serviços públicos de saneamento básico a adoção de “mecanismos de controle social nas atividades de planejamento, regulação e fiscalização dos serviços” (art. 11, inciso V).
2. SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 123 (Democracia e Estado Democrático de Direito): “participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo”.
3. Lei nº 8.742/93 – art. 16, inciso I.

O próprio artigo 204 da Carta Magna ao estabelecer as bases da Assistência Social instituiu que as ações governamentais serão organizadas com base em diretrizes, merecendo destaque a “*participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis*” (inciso II, art. 204 – CF/88).

É de clareza solar que a Assistência Social exige a participação em seus Conselhos de Políticas Públicas com *caráter vinculante*, pois a cidadania tem papel central no processo em que representantes escolhidos para esses órgãos colegiados participam da tomada de decisões políticas e do controle da gestão pública da Assistência Social.⁴

3 O PAPEL REGULATÓRIO DOS CONSELHOS DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA ASSISTÊNCIA SOCIAL

Não se pode deixar de destacar que os Conselhos de Políticas Públicas na Assistência Social possuem relevante papel regulatório.

A regulação social é dada pela Constituição e pela lei. Mas nelas não se esgotam. É preciso instituir mecanismos institucionais, dotados de participação popular, que complementem essa função regulatória.

Em outras palavras, a Constituição e a lei não esgotam o sistema normativo, ao contrário, outras normas infra-legais ganham relevo no processo de regulação de direitos e serviços sócio-assistenciais, daí a importância das normas sobre a Assistência Social editadas pelas unidades federativas por meio de seus respectivos Conselhos de Políticas Públicas (CNAS, CEAS, CASDF, COMAS)⁵.

Em nosso sentir o não detalhamento absoluto das matérias pela lei não é um problema do Direito propriamente dito, trata-se de uma característica intrínseca à atividade legislativa.

A norma geral e abstrata que *inova primariamente* “a ordem jurídica é a lei, ato produzido pelo legislador capaz de criar direitos e impor obrigações

4. CANOTILHO, J. J. Gomes, Direito Constitucional, p. 426. Canotilho alude à “participação não vinculante”, todavia o mestre português menciona a “participação vinculante”, em outras palavras, a “participação na própria tomada de decisão e, conseqüentemente, limitação do poder de direção tradicional (participação, por exemplo, em conselhos de gestão)”.

5. Lei nº 8.742/93: Art. 16. As instâncias deliberativas do Suas, de caráter permanente e composição paritária entre governo e sociedade civil, são: I - o Conselho Nacional de Assistência Social; II - os Conselhos Estaduais de Assistência Social; III - o Conselho de Assistência Social do Distrito Federal; IV - os Conselhos Municipais de Assistência Social.

6. ALESSI, Renato, *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo*, p. 8. Para Alessi a administração é a emanção de atos de produção jurídica complementares em atuação concreta do ato de produção jurídica primário abstrato contido na norma legislativa (atti di produzione giuridica

(art. 5º, inciso II da CF-88⁷). A lei não esgota o conteúdo objeto de regulação na Assistência Social, como de resto nas outras políticas públicas. Há uma impossibilidade inata da lei em prever todos os casos particulares.

Este fenômeno que evidencia os limites inexoráveis da lei foi magistralmente retratado por Carlos Maximiliano para quem a “*impossibilidade de prever todos os casos particulares*” na lei gera como consequência ao seu aplicador a necessidade de interpretá-la em caráter “*permanente*”⁸. O administrador público tem o papel de aplicar a lei. O papel normativo dos órgãos públicos (colegiados) se prestam a esta relevante missão. Devem exercê-la nos limites da lei e da Constituição.

Outra explicação desse fenômeno também pode ser esboçada no direito contemporâneo. O legislador, por melhor que seja o desempenho de seu ofício, não tem condições de prever na legislação todas as situações fáticas e, mais do que isto, os novos sentidos possíveis que a realidade impõe na proteção de determinados direitos fundamentais ou na consolidação de certas políticas públicas. Neste contexto, o papel exercido pelos Conselhos de Políticas Públicas é fundamental para *atualizar* a lei ao momento presente, sem o qual a própria Constituição e a lei perderiam eficácia jurídica e efetividade social.

Além disto, o espaço entre a lei e a política pública de Assistência Social será objeto de mediação pelos Conselhos instituídos paritariamente entre representantes do Poder Público e da Sociedade Civil de modo que o princípio democrático seja considerado num dos instantes mais relevantes da aplicação da lei, qual seja, o da normatização infraconstitucional e efetivação das políticas públicas setoriais.

Por fim, torna-se pertinente destacar dois princípios da mais alta relevância para o direito público presentes na atuação dos Conselhos de Políticas Públicas. Um deles é o princípio da federação e, o outro, o princípio da especialidade.

O Estado federativo corporifica a vontade da coletividade, impõe normas jurídicas como expressão da soberania popular, visando o atendimento ao bem comum. Neste sentido, o poder do Estado é concebido como “uno”, o que se “*fraciona*” são as suas funções/ órgãos. Não é por outra razão que existe a divisão orgânica do Estado: Legislativo, Executivo

complementari).

7. Art. 5º (...) II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

8. Cf. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 13.

e Judiciário. E a divisão espacial: esta sim reflete o Sistema Federativo, a chamada divisão territorial entre as unidades federativas.

Entretanto, o Estado também se divide (“fraciona”), nos moldes da Constituição e das leis, no intuito de conferir maior racionalidade ao aparato administrativo. É bastante comum – e desejável – que tarefas específicas sejam desempenhadas por órgãos especiais. Assim sendo, a Assistência Social recebeu contornos peculiares pela Constituição de 1988 (arts. 203/204), espera-se, portanto, que as tarefas a ela destinadas sejam desenvolvidas por órgãos próprios. O princípio da especialidade serve de arrimo para que atividades cujas características se revelem peculiares pela ordem jurídica sejam desempenhadas por mecanismos institucionais dotados de aptidões e características específicas. A Assistência Social responde por um campo específico das políticas sociais e, portanto, é dotada de órgãos representativos para o desempenho de funções especiais.

4 OS DESAFIOS ENFRENTADOS PELO CNAS E OS AVANÇOS NORMATIVOS QUE EDIFICARAM O SUAS (SISTEMA ÚNICO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL)

Primeiramente, torna-se imperioso tecer alguns comentários sobre o *locus* da Assistência Social.

A Carta de 1988 trouxe os elementos fundantes da Assistência Social normas básicas que se irradiam sobre esse subsistema na sua íntegra. Importante apontar que a Assistência Social, em conjunto com a Previdência Social e a Saúde, compõe o sistema de Seguridade Social (art. 194⁹).

A Assistência Social tem contorno constitucional e se insere no contexto dos direitos fundamentais (art. 6º; arts. 203 e 204 – CF-88). Não se confunde com o *assistencialismo*. O *assistencialismo* se relaciona com a esmola (*dou se quisier*¹⁰), à *mera liberalidade* ou ainda ao *proselitismo político* (por exemplo, disponibilização de ambulância às pessoas por parlamentar para obtenção de benefício político-eleitoral).

Pode-se cogitar a utilidade deste atendimento (ambulância), no entanto tal prática arcaica, comum ainda em câmaras municipais, tem a

9. Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

10. Portanto, aquele que dá a esmola entrega se quiser (“liberalidade”), não tem obrigação em doar. Aliás, se entregarmos de maneira forçada estaremos provavelmente diante de um ato ilícito. O exemplo da ambulância, prática marcadamente assistencialista, também não pode ser confundida com a Assistência Social por outra razão básica: este bem é afeto à área da Saúde.

marca clara do *assistencialismo*¹¹. Não estamos evidentemente no campo da garantia de direitos sócio-assistenciais, afinal a autoridade que se beneficia desta prática pode retirar o atendimento a qualquer momento sem dar satisfação a quem quer que seja. O *assistencialismo* contraria de maneira flagrante a Constituição¹¹.

A Assistência Social transcende o campo da moral, não se trata de uma mera ação entre o bem e o mal. As questões relativas à política de assistência social ingressam no campo do direito. Trata-se do universo dotado de coercibilidade, em contraposição ao campo da moral (Miguel Reale). Da moral não se extrai sanção no sentido jurídico, apenas reprovação social.

Pois bem. Acreditamos que a Assistência Social em termos constitucionais não pertence ao campo da moral. A rigor, ela se insere no universo das relações jurídicas e, desta forma, atende à noção de coercibilidade, ou seja, caso desrespeitada a norma jurídica nasce uma consequência jurídica, não a mera reprovação moral. Existe o direito social do cidadão e o dever o Estado em assegurar o cumprimento de determinados serviços ou benefícios sócio-assistenciais.

A Assistência Social emerge como um conjunto de **direitos sociais fundamentais**. Além dos princípios e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (arts. 1º e 3º¹²), o artigo 6º ao abrir os Direitos Sociais

“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”.

Nota-se, portanto, que a Assistência Social se desenha no artigo 6º, como um direito social fundamental, estampado na *“proteção à maternidade e à infância, a assistência e aos desamparados, na forma desta Constituição”*. Tais direitos sócio-assistenciais serão desdobrados em espaço próprio na Constituição (art. 203 e 204).

Neste contexto, parece-nos forçoso concluir que a Assistência Social figura como direito social **específico**, portanto integrante do rol de direitos

11. Capacitas SUAS – Caderno 1 – Assistência Social: Política de Direitos à Seguridade Social, p. 18, *“Isto implica em dizer que o ‘assistencialismo’, prática nefasta e contrária aos ditames da Constituição Federal, pode estabelecer algum liame com o que tradicionalmente se concebe como Educação, Saúde, Assistência Social (e não apenas Assistência Social), e mesmo outras políticas e ações encampadas por certas autoridades, sem o diálogo com as políticas públicas pautadas na construção e na concretização dos direitos fundamentais”.* (Equipe de Pesquisa e Elaboração: Aldaíza Sposati, Luis Eduardo Patrone Regules).

12. Dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III); construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inc. I); erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, inc. III).

sociais genéricos (art. 6º - ao lado de outros direitos sociais, como saúde, moradia, etc.), mas voltada para um campo próprio e específico. Daí a impossibilidade em se estabelecer confusão entre a Assistência Social e a Educação, ou a Saúde. O fato de que a Assistência Social tenha um caráter *transversal* não lhe confere uma textura fluída no contato com as demais políticas sociais. Ao contrário, para ser dotada de *transversalidade* a política social necessariamente deve se diferenciar de outras, ou seja, somente pode *atravessar* (transversalidade) uma determinada gama de políticas aquela dotada de características peculiares e próprias.

Os direitos relativos à Assistência Social emergem como direito fundamental, sendo oportuno salientar que “*as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*” (art. 5º, parág. 1º - CR/88). Assistência Social diz respeito não a um direito, e sim a pluralidade de direitos. Nesta seara, importante observar que a Seguridade Social “*compreende um conjunto integrado de ações (...) destinados a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social*” (art. 194, CF-88).

A assistência social “*será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social*” (art. 203, CF-88), tal concepção de Assistência Social não exige que os seus beneficiários ou usuários (dos serviços) devam contribuir com a Seguridade Social, o titular do direito social neste caso independe de contribuição para a Seguridade.

Tal condição poderia supor que a Assistência Social trata exclusivamente da pobreza. Não é assim que interpretamos a Constituição. Numa leitura sistemática verificamos que se dedica, entre outros objetivos, à “*a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice*” (art. 203, inc. I), mas também diz respeito ao “*amparo às crianças e adolescentes carentes*”. Não há redundância no Texto Constitucional. Trata-se de atender às crianças e aos adolescentes em situação de pobreza, conforme o perfil do inciso II (art. 203), mas também àquelas pessoas que nessa faixa etária não se encontrem nessa categoria sócio-econômica (inciso I). Neste caso, vislumbramos a obrigatoriedade do atendimento às crianças e aos adolescentes em situação de vulnerabilidade, a exemplo daqueles que sofrem ameaças e violência independente do fator sócio-econômico.

Tal constatação nos parece relevante visto que traz a Assistência Social para um campo mais amplo e generoso, condizente com os princípios constitucionais da solidariedade (art. 3º, inc. I – CF-88) e da universalidade (art. 194, parág. único, inc. I). Apesar do perfil sócio-econômico representar um núcleo relevante para a Assistência Social não se esgota nele. A obstrução

do acesso a uma gama de serviços sócio-assistenciais pelo recorte de renda econômica representa violação à Constituição¹³.

Mas não basta a Assistência Social na Constituição. É preciso a atuação do legislador. E mais do que isto, os órgãos colegiados da Assistência Social devem exercer o seu papel normativo.

A Assistência Social se traduz em benefícios e também no atendimento ao cidadão, ou seja, não se pode imaginar esta política pública sem a prestação de serviço público. O Estado possui um papel preponderante que se traduz na ideia de serviço público (*primazia da responsabilidade do Estado na condução da política de assistência social em cada esfera de governo* – art. 5º, inc. III – Lei nº 8.742/93).

O serviço público se revela essencial para todos os cidadãos e não é diferente na Assistência Social. O serviço público é o patrimônio dos que não têm patrimônio, como bem observou Inácio Ramonet (Diretor do “Le Monde Diplomatique”). O que dirá no âmbito da Assistência Social que enfrenta situações de vulnerabilidade social, mesmo que não se circunscreva apenas ao elemento sócio-econômico conforme referenciado.

Não obstante, vale destacar que o poder normativo do Estado é primordial para a definição dos serviços públicos, como ocorre com os serviços de transporte coletivo, fornecimento de água, energia, serviços de telefonia, enfim, são todos serviços regulados por órgãos públicos, não raramente por agências reguladoras. Nestas esferas, a participação e o controle social se revelam fatores primordiais para a consolidação e preservação dos serviços públicos de qualidade.

Deve-se considerar que o Estado possui competências impostergáveis para proteger os direitos sócio-assistenciais com o mesmo ímpeto que o faz em relação aos demais serviços públicos, atendendo naturalmente as particularidades desta política integrante do sistema de Seguridade Social.

O papel normativo se presta a uniformizar o entendimento dos serviços públicos regulados, além de estabelecer parâmetros de atendimento ao cidadão, seus direitos e deveres, observada a lei e a Constituição. O instrumental normativo busca atualizar a lei na medida em que o legislador não tem uma vara mágica para estabelecer todas as situações específicas de vulnerabilidade na Assistência Social, nem todas as medidas concretas e específicas que podem ser adotadas no âmbito da política de atendimento.

13. Temas como a defesa dos direitos da criança e das mulheres vítimas de abandono ou de violência, quando os serviços tiverem interface com a Assistência Social, não nos parece condizente com a Constituição que estabeleça um recorte sócio-econômico para assegurar o atendimento ou a proteção social.

A importância da regulação emerge em alguns pilares básicos: a) para atender bem ao cidadão, dar concretude aos seus direitos e perseguir o interesse público; b) para detalhar melhor o que vem a ser a Assistência Social, ou seja, conceber qual o *locus* próprio e, assim, evitar a fragmentação, o enfraquecimento, a diluição desta política pública.

Neste ponto, ao longo de nossa experiência de consultoria jurídica na área da Assistência Social, verificamos que o Sistema de Justiça indica dificuldade, por vezes, na compreensão do *locus* da Assistência Social. Solicitações de providências ou mesmo ordens emanadas de autoridades judiciais dirigidas à Secretaria de Assistência Social para a obtenção de medidas ou atenções que não se encartavam na competência do órgão da Assistência Social são retratos desse cenário nebuloso. Exemplo disto, pode ser destacado em ofícios (Juiz) para que a Secretaria de Assistência Social destinasse vaga em programa de transporte municipal (Programa Atende¹⁴) para pessoa com deficiência. Naturalmente, as competências dessa política de atendimento estão ligadas à Secretaria Municipal de Transporte, o que afasta a atribuição da Secretaria de Assistência Social, como de todas as demais.

Não é porque o titular do direito é pessoa com deficiência que o atendimento automaticamente se desloca para a Assistência Social, até porque esse cidadão ou cidadã possui direitos variados: saúde, educação, moradia, transporte, etc. Pois bem, a pessoa deve ser tratada pelo Estado a partir das suas necessidades específicas pelas várias políticas públicas. Neste cenário, o princípio da especialidade próprio dos serviços públicos (e da atuação do Estado em geral), com base na Constituição e na lei, reforça as competências e missões das Secretarias e órgãos públicos nos limites das suas áreas específicas e que justificam a existência dos mesmos.

Tal questão se apresenta bastante clara e defensável. No entanto, ainda se busca uma compreensão mais segura dos espaços específicos das políticas públicas e da sinergia entre elas. Esta matéria não é simples. E talvez traga certo nível de controvérsia por algum tempo. O que se pretende ao abordar o tema é destacar que as responsabilidades assumidas por cada uma das políticas públicas devem observar o princípio da segurança jurídica e da estabilidade das relações sociais.

O papel normativo dos Conselhos de Políticas Públicas se justifica na medida que o estabelecimento de parâmetros objetivos para a prestação dos serviços públicos permite que referidos serviços públicos deixem o *limbo*. Não é raro que o Ministério Público promova ações civis públicas,

14. <https://www.prefeitura.sp.gov.br>

com obrigação de fazer, contra o Estado tendo por base a Constituição, a legislação específica, assim como resoluções editadas pelos Conselhos de Políticas Públicas. Tal fenômeno revela a importância do exercício dessa competência normativa na compreensão das responsabilidades do Estado pelas políticas públicas e também na delimitação das mesmas. Não há como dispensar tais instrumentos normativos na operação dos sistemas de controle no Estado de Direito.

A *regulação tardia* da Assistência Social¹⁵ se comparada com a Saúde não afasta obviamente o papel de centralidade que deve permear essa política pública. A Saúde trouxe um eixo mais definido do SUS – Sistema Único de Saúde – no próprio Texto Constitucional (art. 198¹⁶), além da edição de lei específica logo após dois anos da promulgação da Carta de 1988 (Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990). Entretanto, o papel dos órgãos regulatórios e mesmo do legislador em construir um Sistema Único na Assistência Social têm merecido destaque nas últimas décadas.

Tanto isto é verdadeiro que após a promulgação da Constituição de 1988 foi editada em 1993 a Lei nº 8.742 (LOAS- Lei Orgânica da Assistência Social). Na sua primeira versão não foi mencionado o Sistema Único de Assistência Social (SUAS), não obstante a sua base fundante encontrava assento na Constituição de 1988 quando a mesma menciona a responsabilidade do Estado na organização da Assistência Social (art. 204, incisos I e II) de maneira descentralizada e participativa.

O CNAS (Conselho Nacional de Assistência Social) teve um papel fundamental na construção do SUAS por meio de sua função normativa. Mais tarde o próprio legislador ao reformar a Lei nº 8.742/93 estabeleceu no plano legal a estrutura do SUAS. De todo modo, as Resoluções do CNAS, órgão de deliberação da Política Nacional de Assistência Social, com participação da sociedade civil, das organizações da sociedade civil, dos usuários, trabalhadores deste segmento, trouxeram de maneira pioneira uma série de entendimentos que permitiram a definição da *espinha dorsal* da Assistência Social.

A *regulação tardia* não representa um problema em si, apenas indica característica própria do ponto de maturidade que a política pública

15. SPOSATI, Aldáiza. *Regulação social tardia*: característica das políticas sociais latino-americanas na passagem entre o segundo e terceiro milênio. VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Lisboa, Portugal, 8-11 Oct. 2002. http://www1.londrina.pr.gov.br/dados/images/stories/Storage/sec_assistencia/pdf/Regulacao_social_tardia_Aldaisa.pdf

16. Art. 198. *As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: (...).*

se encontra em dado momento da história. O eixo de centralidade da Assistência Social sofreu seguramente os impactos da Constituição e da LOAS, entretanto uma força que pode ser definida *de baixo para cima*, originária do CNAS (com a participação federativa e da sociedade civil), trouxe reflexos importantes na consolidação do SUAS.

Em julho de 2005¹⁷, o CNAS editou a Resolução do SUAS (Norma Operacional Básica- NOB/SUAS) com o intuito de estabelecer as funções da política pública de Assistência Social em três vertentes: **a)** Proteção Social; **b)** Defesa Social e Institucional, e **c)** Vigilância Socioassistencial. O Plano Nacional de Assistência Social/2004 já fazia menção às três funções básicas da Assistência Social.

Pela **NOB/SUAS 2005** a proteção de assistência social é hierarquizada em básica e especial e, ainda, tem níveis de complexidade do processo de proteção, por decorrência do impacto desses riscos no indivíduo e em sua família. A proteção social básica tem como objetivo prevenir situações de risco por meio do desenvolvimento de potencialidades e aquisições e o fortalecimento de vínculos familiares e comunitários (vulnerabilidade social – por exemplo, ausência de renda). A proteção social especial objetiva prover atenções socioassistenciais a famílias e indivíduos que se encontram em situação de risco pessoal e social, por ocorrência de abandono, maus tratos físicos e, ou, psíquicos, abuso sexual, uso de substâncias psicoativas, cumprimento de medidas socioeducativas, situação de rua, situação de trabalho infantil, entre outras.

A proteção social básica é operada intermédio dos CRAS – Centros de Referência da Assistência Social e serem instalados nos Municípios.

A defesa sócio-institucional se presta ao estabelecimento de instrumentos de garantia de direitos e de condições dignas de vida, devendo ser considerados aos mecanismos de escuta, reclamações dos usuários, de defesa dos direitos.

A Vigilância Socioassistencial consiste no desenvolvimento da capacidade e de meios de gestão assumidos pelo órgão público gestor da assistência social para conhecer a presença das formas de vulnerabilidade social da população e do território pelo qual é responsável a função de vigilância social produz, sistematiza informações, constrói indicadores e índices territorializados das situações de vulnerabilidade e risco pessoal e social que incidem sobre famílias e pessoas (diversos ciclos da vida: idosos, infância e adolescência), entre outras atividades correlatas.

17. Foi substituída pela Resolução NOB/SUAS nº 33/2012 (CNAS).

A NOB/SUAS 2005 estabelece diversos níveis de gestão inicial, básica e plena, para fins de repasses de recursos aos Municípios, Estados e DF. A NOB/SUAS fixa incentivos às unidades federativas de modo a assumirem os níveis de gestão, como recebimento de recursos ou mesmo apoio técnico da União Federal.

A NOB/SUAS/RH 2006 estabelece diretrizes de recursos humanos na área da Assistência Social (SUAS e tem por finalidade “*estabelecer parâmetros gerais para a gestão do trabalho a ser implementada na área de assistência social, o que compreende não só os serviços diretos, mas também os ofertados pelas organizações e entidades de assistência social no âmbito do SUAS.*”¹⁸

A NOB/RH estabeleceu equipes de referência constituídas por servidores responsáveis pelas ofertas dos programas, projetos, benefícios, serviços de proteção social básica e especial, levando em conta o número de famílias e indivíduos referenciados, o tipo de atendimento e as aquisições que devem ser garantidas aos usuários.

Por meio da NOB/RH o CNAS estabeleceu parâmetros mínimos de recursos humanos no SUAS para o país todo, o que nada impede, em nosso sentir, que os conselhos estaduais e municipais, sob o foco das questões regionais e locais, estabeleçam padrões superiores de RH aos fixados no âmbito nacional¹⁹.

A Resolução 109, de 11/11/09 (Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais) do CNAS estabeleceu, em atenção à deliberação da IV Conferência da Assistência Social, a divisão (tipificação) dos serviços nos seguintes moldes: a) serviços de proteção social básica; b) serviços de proteção social especial de média complexidade; c) serviços de proteção social especial de alta complexidade.

Aludida resolução estabelece como unidade o equipamento recomendado para a realização do serviço socioassistencial. Ainda que o tema seja tratado como recomendação, não há dúvida que tem efeitos jurídicos práticos, pois a prestação de serviços abaixo da recomendação conjugada à eventual ineficiência dos serviços em determinada unidade podem indicar a violação aos princípios da Lei Orgânica da Assistência Social, quais sejam, o respeito à dignidade do cidadão, à sua autonomia e ao seu direito a benefícios e serviços de qualidade (art. 4º, inc. III – Lei nº 8.742/93).

18. NOB-RH, 2006, p.11.

19. O órgão nacional tem competência para editar normas gerais (aplicáveis) a todo o território. Enquanto os órgãos estaduais e municipais competências, respectivamente, para atuar no plano regional e local, observadas as regras gerais fixadas pelo órgão nacional.

Pois bem. Os avanços normativos do CNAS a partir de 2005 indicam a implantação e a progressiva implantação do SUAS, ainda que dificuldades ou resistências em Municípios sejam constatadas para dar concretude aos instrumentos fundamentais do SUAS, a exemplo dos CRAS-Centros de Referência da Assistência.

É importante notar que algumas das inovações trazidas pelos Atos do CNAS dada a sua importância foram transformados em lei. Exemplo disto é a reforma da LOAS justamente para a incorporação do SUAS em seu texto.

O SUAS recebeu o seguinte tratamento na Lei nº 8.742/93:

“Art. 6º A gestão das ações na área de assistência social fica organizada sob a forma de sistema descentralizado e participativo, denominado Sistema Único de Assistência Social (Suas), com os seguintes objetivos: (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)

I - consolidar a gestão compartilhada, o cofinanciamento e a cooperação técnica entre os entes federativos que, de modo articulado, operam a proteção social não contributiva; (Incluído pela Lei nº 12.435, de 2011)

II - integrar a rede pública e privada de serviços, programas, projetos e benefícios de assistência social, na forma do art. 6º-C; (Incluído pela Lei nº 12.435, de 2011)

III - estabelecer as responsabilidades dos entes federativos na organização, regulação, manutenção e expansão das ações de assistência social;

IV - definir os níveis de gestão, respeitadas as diversidades regionais e municipais; (Incluído pela Lei nº 12.435, de 2011)

V - implementar a gestão do trabalho e a educação permanente na assistência social; (Incluído pela Lei nº 12.435, de 2011)

VI - estabelecer a gestão integrada de serviços e benefícios; e (Incluído pela Lei nº 12.435, de 2011)

VII - afiançar a vigilância socioassistencial e a garantia de direitos. (Incluído pela Lei nº 12.435, de 2011)

§ 1º As ações ofertadas no âmbito do Suas têm por objetivo a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice e, como base de organização, o território. (Incluído pela Lei nº 12.435, de 2011)

§ 2º O Suas é integrado pelos entes federativos, pelos respectivos conselhos de assistência social e pelas entidades e organizações de assistência social abrangidas por esta Lei. (Incluído pela Lei nº 12.435, de 2011)

§ 3º A instância coordenadora da Política Nacional de Assistência Social é o Ministério do Desenvolvimento

Social e Combate à Fome. (Incluído pela Lei nº 12.435, de 2011)

A mudança na LOAS no sentido de atualizá-la incorporando aquilo que o CNAS já havia detectado como relevante para a estruturação da Assistência Social revela um dos processos mais importantes e ricos da legislação social no Brasil. Este processo desaguou na construção e consolidação do SUAS.

Vale observar que a inclusão de uma gama considerável de direitos sócio-assistenciais se deu a partir de iniciativas locais (Municípios), bem como dos órgãos colegiados – Conselho de Políticas Públicas – o que indica, a nosso juízo, que o princípio democrático integra a formulação dos SUAS não apenas pela via da democracia representativa, mas também da democracia participativa.

O modelo de Federação também responde ao ideal democrático, posto que a descentralização político-administrativa a ele inerente privilegia a manifestação de vontade das comunidades regionais e locais. Este processo de *federalização* dos direitos sócio-assistenciais foi percebido no âmbito da LOAS. Exemplo disto, são as leis municipais, sobretudo em grandes cidades, como São Paulo que promulgou a lei nº 12.316/1997, de autoria da vereadora Aldaíza Sposati, que dispôs sobre a obrigatoriedade do poder público municipal de prestar atendimento à população em situação de rua na Cidade de São Paulo.

Os direitos da população em situação de rua têm amparo constitucional, todavia as legislações ulteriores demandaram um olhar mais detido sobre a matéria. Este processo evolutivo em que registramos a lei nº 12.316/1997 (Município de São Paulo), entre outras merecedoras de destaque, traduziu-se na inclusão na LOAS de preceito específico que encarta nos “*serviços socioassistenciais*” a ideia de programas de atenção à “às pessoas que vivem em situação de rua” (art. 23, inciso II – Lei nº 8.742/93/ incluído pela Lei nº 12.435, de 2011).

Em suma, existem direitos que surgem primeiramente nessa condição nas esferas locais (Municípios) e, ainda, pelo reconhecimento dos Conselhos de Políticas Públicas, o que repercute (alteração) na própria legislação da Assistência Social.

Importante observar que este processo teve o aporte das Conferências de Assistência Social que auxiliaram de maneira inequívoca e profunda na modelagem do sistema de garantia de direitos sociais, com a atribuição

de avaliar a situação da Assistência Social e propor diretrizes para o aperfeiçoamento do sistema²⁰.

A este fenômeno político-normativo denominamos *Assistência Social em movimento* na medida em que o poder local, a democracia representativa e a democracia participativa constituem o mesmo amálgama num processo ascendente de construção e consolidação de direitos sócio-assistenciais. Em que pese o enfraquecimento de posições condizentes com o SUAS a partir de meados de 2016, não resta dúvida que este processo evolutivo se traduz numa das conquistas mais consistentes e robustas cujo esteio é a Carta de 1988.

5 A IMPORTÂNCIA DA PARTICIPAÇÃO SOCIAL COMO INSTRUMENTO DE CONSOLIDAÇÃO DA LEI GERAL DE PARCERIAS – MROSC (LEI N° 13.019/14)

Para além dos avanços da Política de Assistência Social, parece-nos importante destacar, dentro do processo evolutivo da legislação social, as conquistas alcançadas pelo marco regulatório das organizações da sociedade civil – MROSC (Lei n° 13.019/14). Referida lei federal instituiu o marco regulatório das parcerias dos Poderes Públicos com as OSCs (organizações da sociedade civil).

O MROSC envolve a Sociedade Civil na sua acepção mais ampla, aqui compreendidas as OSCs, mas também relação com os movimentos sociais, os grupos de direitos humanos, da cidadania como um todo, o que inclui os interessados diretos, usuários, beneficiários das atividades e dos projetos desenvolvidos no regime geral de parceria.

Os Conselhos de Direitos emergem, portanto como instrumentos valiosos de participação social. Pela lei n° 13.019 os Conselhos de Direitos aparecem na perspectiva da atuação consultiva (o que não está equivocado no sentido do que pretende a Lei), entretanto não se pode esquecer que muitos Conselhos têm caráter deliberativo. A exemplo do COMAS, CMDCA, etc., os Conselhos de Direitos ou de Políticas Públicas deliberam quando da aprovação das Políticas Setoriais, assim como no processo de celebração de parcerias com os Fundos Municipais ligados diretamente a esses Conselhos (priorização aos chamados Projetos).

A Lei Federal n° 13.019/14 reconheceu este modelo de participação social (art. 2º, inc. IX):

20. As Conferências Nacionais de Assistência Social têm a *atribuição de avaliar a situação da assistência social e propor diretrizes para o aperfeiçoamento do sistema* (art. 18, inc. VI – Lei n° 8.742/93).

“Art. 2º (...).

IX - conselho de política pública: órgão criado pelo poder público para atuar como instância consultiva, na respectiva área de atuação, na formulação, implementação, acompanhamento, monitoramento e avaliação de políticas públicas;”

Neste contexto, podemos destacar as competências do CNAS (art. 18, incs. I e II):

“Art. 18. Compete ao Conselho Nacional de Assistência Social: I - aprovar a Política Nacional de Assistência Social; II - normatizar as ações e regular a prestação de serviços de natureza pública e privada no campo da assistência social; (...)”.

O regime jurídico das parcerias (MROSC) estabelece como princípio a Participação Social (Art. 5º inciso I – Lei 13.019).

Normas Gerais

“Art. 5º O regime jurídico de que trata esta Lei tem como fundamentos a gestão pública democrática, a participação social, o fortalecimento da sociedade civil, a transparência na aplicação dos recursos públicos, os princípios da legalidade, da legitimidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da economicidade, da eficiência e da eficácia, destinando-se a assegurar: (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

I - o reconhecimento da participação social como direito do cidadão;

(...)

V - a integração e a transversalidade dos procedimentos, mecanismos e instâncias de participação social;”

Além disto, o MROSC instituiu no âmbito federal um Conselho (CONFOCO) que têm atribuições especiais para as parcerias:

Art. 15. Poderá ser criado, no âmbito do Poder Executivo federal, o Conselho Nacional de Fomento e Colaboração, de composição paritária entre representantes governamentais e organizações da sociedade civil, com a finalidade de divulgar boas práticas e de propor e apoiar políticas e ações voltadas ao fortalecimento das relações de fomento e de colaboração previstas nesta Lei.

(...)

§ 3º Os conselhos setoriais de políticas públicas e a administração pública serão consultados quanto às políticas e ações voltadas ao fortalecimento das relações de fomento e de colaboração propostas pelo Conselho de que trata o caput deste artigo. Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

Percebe-se ademais que o MROSC estabelece o mecanismo de atuação dos conselhos de políticas públicas na apresentação de proposta à administração pública na formatação de parcerias:

Art. 16. O termo de colaboração deve ser adotado pela administração pública para consecução de planos de trabalho de sua iniciativa, para celebração de parcerias com organizações da sociedade civil que envolvam a transferência de recursos financeiros. (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

Parágrafo único. Os conselhos de políticas públicas poderão apresentar propostas à administração pública para celebração de termo de

Os Conselhos de Políticas Públicas têm papel de acompanhamento e fiscalização da execução das parcerias (art. 60 – Lei nº 13.019):

Art. 60. Sem prejuízo da fiscalização pela administração pública e pelos órgãos de controle, a execução da parceria será acompanhada e fiscalizada pelos conselhos de políticas públicas das áreas correspondentes de atuação existentes em cada esfera de governo. (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

Parágrafo único. As parcerias de que trata esta Lei estarão também sujeitas aos mecanismos de controle social previstos na legislação.

Outros mecanismos de participação social podem ser elencados como os instrumentos encartados pelo Decreto nº 57.575/16 da Prefeitura de São Paulo²¹ para o sistema de parcerias com OSCs:

- Audiências Públicas – podem ser realizadas na fase prévia ao edital de chamamento ou no curso do processo seletivo (art. 10).
- Convocação Prévia de Audiências Públicas (parág. 1º, art. 10).
- Participação dos conselhos municipais de políticas sociais, de segmentos da sociedade e de defesa de direitos nas audiências públicas (parág. 3º, art. 10).

CONCLUSÃO

O Princípio da Participação Social descende diretamente da Constituição de 1988 e transcende a democracia representativa. Não se limita aos instrumentos diretos ou semidiretos de participação democrática (plebiscito, referendo e iniciativa legislativa popular). É preciso mais.

21. <https://leismunicipais.com.br>

A cidadania demanda espaços públicos de participação social. Neste contexto, emergem dos Conselhos de Políticas Públicas que possuem papel primordial na formulação e no controle das políticas públicas.

Esses órgãos colegiados contam com a participação da sociedade civil e devem exercer as competências nos limites da lei e da Constituição. O seu papel normativo é primordial para a *atualização* da lei às demandas e necessidades do tempo presente. Tal missão ganha relevo para a eficácia jurídica e a efetivação da legislação social.

O CNAS (Conselho Nacional de Assistência Social) é o órgão colegiado (Política Pública) que tem atuado no sentido de edificar e fortalecer o SUAS. Este processo indica a transição do *assistencialismo* para a política pública de Assistência Social pautada nos direitos sócio-assistenciais.

A relevância da regulação social diz respeito a alguns objetivos que nos parecem fundamentais: a) atender bem ao cidadão, dar concretude aos seus direitos e satisfazer o interesse público; b) detalhar de maneira mais clara o que vem a ser a Assistência Social, isto é, o seu *locus* e, assim, distanciar-se da fragmentação, do enfraquecimento e da diluição da política de Assistência Social.

A definição das Políticas Públicas se mostra primordial tendo em vista que a ordem jurídica contempla os princípios da segurança jurídica e da estabilidade das relações sociais. Os serviços públicos, sejam prestados diretamente pelo Estado, sejam executados por organizações da sociedade civil (OSCs) no contexto de parcerias não podem ser deixados num *limbo*.

O CNAS exerceu papel fundamental na construção do SUAS no exercício da função normativa tanto é que o legislador, posteriormente, acolheu a estrutura do SUAS na Lei nº 8.742/93 (Loas). A estruturação do SUAS representa a *espinha dorsal* da Assistência Social.

O CNAS estabeleceu parâmetros mínimos de recursos humanos no SUAS para o país (NOB/RH) de modo a garantir um padrão de atendimento aos cidadãos.

Além disto, CNAS se preocupou com a Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais (Resolução 109/09), o que conferiu, sem sombra de dúvida, mais certeza e objetividade quanto ao perfil dos serviços sócio-assistenciais prestados pelo Estado.

A regulação envolvendo o CNAS, a atuação das estruturas federativas e unidades descentralizadas (Município), bem como a função legislativa nas mais diversas esferas – o SUAS é um desses reflexos, indicam um processo extremamente enriquecedor para a legislação social nacional.

Tais avanços não se verificam apenas na Política Setorial, mas também na participação social contida na lei geral de parcerias (Lei Federal nº 13.019/14 - MROSC).

Os Conselhos de Direitos emergem, portanto como instrumentos valiosos de participação social.

A Lei nº 13.019 reconhece os Conselhos de Direitos (Conselhos de Políticas Públicas), além do que referido regime jurídico de parcerias acolhe claramente o princípio da participação social (art. 5º inciso I: *o reconhecimento da participação social como direito do cidadão*).

Outras iniciativas dignas de notas foram estabelecidas pelas unidades federativas, é o caso da Prefeitura de São Paulo que mediante decreto expediu normas sobre o MROSC e fixou a participação social como norte para as parcerias com as OSCs, mais especificamente ao estabelecer claramente a realização de audiências públicas (art. 10, Decreto Municipal nº 57.575/16).

BIBLIOGRAFIA

ALESSI, Renato. Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo, Milano, Giuffrè, 3a. ed., 1960.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional. 6. ed. rev. Coimbra: Coimbra Ed., 1993.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 16ª. ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 1997.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 19. ed. rev. e atual. São Paulo, Malheiros, 2001.

SPOSATI, Aldaíza. Regulação social tardia: característica das políticas sociais latino-americanas na passagem entre o segundo e terceiro milênio. VII Congresso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Lisboa, Portugal, 8-11 Oct. 2002. http://www1.londrina.pr.gov.br/dados/images/stories/Storage/sec_assistencia/pdf/Regulacao_social_tardia_Aldaisa.pdf

BRASIL, CapacitaSUAS CAaderno 1 (2013)

Assistência Social: Política de Direitos à Seguridade Social/ Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome

Centro de Estudo e Desenvolvimento de Projetos Especiais da PUC-SP
– 1ª ed. – Brasília: MDS, 2013 (Equipe de Pesquisa e Elaboração: Aldaíza
Sposati, Luis Eduardo Patrone Regules).

CAPÍTULO 31

A LEGALIDADE DA UTILIZAÇÃO DE SOFTWARE DE LANCES AUTOMÁTICOS NO PREGÃO ELETRÔNICO

LUIZ ROBERTO CARBONI SOUZA

Advogado, bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Bauru, mantida pela Instituição Toledo de Ensino – ITE; especialista em Direito Empresarial pela Universidade Presbiteriana Mackenzie; especialista em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina UNISUL; mestre em Direito com área de concentração Positivção e Concretização Jurídica dos Direitos Humanos pelo Centro Universitário FIEO – UNIFIEO; autor e coordenador de obras jurídicas, professor universitário das disciplinas de Direito Constitucional, Processo Constitucional Direitos Humanos na Universidade Nove de Julho – UNINOVE.

MARCOS CÉSAR BOTELHO

Advogado da União. Mestre e Doutor em Direito Constitucional. Professor-Adjunto do curso de Direito no Centro de Ciências Sociais Aplicadas da UENP.

INTRODUÇÃO

Não restam dúvidas que a licitação é considerada como um importante mecanismo para a promoção do binômio custo-benefício nas compras e contratações levadas a cabo pelos entes estatais.

Através de um procedimento formal, o gestor público deve selecionar a proposta mais vantajosa para o interesse público através da conjugação do custo da aquisição/contratação com o benefício ao interesse da coletividade.

Dentro desse contexto, as normas que regem o procedimento licitatório exigem que a isonomia e a competitividade entre os participantes seja assegurada, sob pena de prejuízo ao interesse público. Por outro lado, a tecnologia da informação tem lançado seu braço sobre o procedimento licitatório, sobretudo com o surgimento do pregão eletrônico.

Alvo de controvérsia, a utilização de software que automatiza os lances no pregão eletrônico é fato presente, fruto do atual estágio da tecnologia da informação e de tempos de internet das coisas.

O presente estudo, partindo dos conceitos de licitação, seu fundamento constitucional e do conceito de igualdade irá demonstrar que a utilização de software de lances automáticos não ofende a isonomia e a competitividade do pregão eletrônico. Diferentemente do que alegam os defensores da ilegalidade do uso de robôs em licitação, será mostrado que a ferramenta está acessível a qualquer participante, não podendo ser tomada como situação apta a gerar a quebra da isonomia; ademais, mostrar-se-á que a utilização deste software gera um aumento na competitividade, com ganhos à Administração em razão da otimização do binômio custo/benefício.

1 LICITAÇÃO: CONCEITO

A Administração Pública exerce sua atividade de forma multifárica e complexa, com objetivo sempre, no interessa público¹. Na execução deste desiderato, a Administração Pública precisa valer-se da atuação de terceiros, necessitando firmar contratos administrativos.

O particular possui ampla liberdade para contratar. Alicerçado no princípio da legalidade, consagrado no artigo 5º da Constituição Federal, lhe é lícito todo e qualquer ato que não esteja expressamente vedado em lei².

O texto constitucional, ao disciplinar os princípios para a atividade econômica elencou no artigo 170 da Constituição diretrizes básicas que necessariamente devem ser observadas:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

1. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 233.
2. Art. 5º, II: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- IV - livre concorrência;
- V - defesa do consumidor;
- VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação
- VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII - busca do pleno emprego;
- IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

A atividade econômica exercida pelo particular, portanto, é exercida livremente, tendo por base a livre concorrência e a livre iniciativa. Por óbvio, a atividade econômica exercida por este particular não pode ofender os direitos fundamentais, tendo em vista uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais³. Mas o fato é que o particular ao contratar, possui certa liberdade, ao ponto de não estar obrigado a contratar com aquele que lhe oferta proposta com o menor preço. Ademais, o particular sequer é obrigado a realizar uma tomada de preço para contratar.

Ao contrário do que ocorre com o particular, a Administração Pública não possui liberdade e autonomia para livremente contratar.

Se o princípio da legalidade impõe liberdade ao particular, não estando obrigado a fazer, ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, ao Poder Público este princípio possui outra dimensão. O princípio da legalidade determina à Administração Pública como agir. O administrador

3. “A Eficácia objetiva dos direitos fundamentais transcende os direitos subjetivos do indivíduo, vinculando todo o ordenamento jurídico. Essa nova dimensão dos direitos fundamentais não pode mais ser ignorada pelos operadores do direito, pois demonstra a prevalência dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico como um todo, impondo-se, inclusive sobre o direito privado, e sustentando um Estado Democrático de Direito”. SOUZA, Luiz Roberto Carboni. A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais no Ordenamento Jurídico Brasileiro. In: 3º COLÓQUIO PANORAMA DA PESQUISA EM DIREITO, 1., 2013, Universidade Católica de Santos. 3º Colóquio Panorama da Pesquisa em Direito [...]. Santos: Leopoldianum, 2013. p. 376.

público está adstrito à permissão legal. Enquanto o particular pode tudo que não lhe é vedado pela lei, à Administração somente é permitido o que expressamente a lei lhe confere.

Neste sentido, a lição de Irene Patrícia Nohara:

Posteriormente, com a influência kelseniana, a noção de legalidade administrativa distanciou-se da legalidade genérica dos cidadãos. A ação administrativa passou a ser analisada sob o prisma de sua relação com o ordenamento, ou seja, enquanto antes a Administração podia fazer tudo o que a lei não vedava, com o Estado Social de Direito ou o Estado Legal à Administração foi permitido atuar apenas dentro dos limites permitidos pela lei.

Surge, então, a idéia de vinculação positiva (*positive Bindung*), *segundo a qual a Administração somente pode fazer o que a lei permite. (...)*

Enquanto os particulares podem fazer liberalidades com os seus bens e elegerem livremente os meios e fins de suas condutas, desde que estes não sejam proibidos pelo Direito, numa atuação de não contrariedade, na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal.⁴

Não é lícito ao administrador público, portanto, contratar livremente com o particular, sem critérios objetivos fixados em lei para a realização do princípio da supremacia do interessa público.

Conforme salienta José dos Santos Carvalho Filho:

Não poderia a lei deixar ao exclusivo critério do administrador a escolha das pessoas a serem contratadas, porque, fácil é prever, essa liberdade daria margem a escolhas impróprias, ou mesmo a concertos escusos entre alguns administradores públicos inescrupulosos e particulares, com o que prejudicada, em última análise, seria a Administração Pública, gestora dos interesses coletivos⁵.

A licitação tem por objetivo justamente selecionar aqueles que celebrarão contrato com a Administração Pública, visando, mediante critérios objetivos, proporcionar uma contratação mais vantajosa aos olhos do interesse público. Ou seja:

O desiderato da licitação é a busca da melhor proposta prestigiando o princípio constitucional da eficiência, que impõe ao administrador público a utilização e a aplicação do dinheiro público de forma responsável e transparente⁶.

4. NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 68.

5. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 233.

6. BOTELHO, Marcos César; LARANJEIRA, Laís Aparecida; CARMARGO, Elimei Paleari do Amaral. Audiência pública na lei de licitações. Curitiba: Revista Zênite de Licitações e

Maria Sylvia Zanella Di Pietro define licitação como:

[...] o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração do contrato.⁷

Conforme esclarecem Alberto Shinji Higa, Marcos Pereira Castro e Simone Zanotello de Oliveira, dois elementos são comuns do conceito de licitação: “um procedimento administrativo” e que “*visa a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública*”.⁸

Trata-se de um procedimento administrativo formal, pois encerra um “*encadeamento de atos lógica e cronologicamente ordenados, como, por exemplo, o edital ou a carta convite, o recebimento das propostas, a habilitação, a classificação, a homologação, que visam a prática do ato final que é a adjudicação*”. Desta forma, não pode o administrador público proceder a licitação conforme seus critérios pessoais.

O segundo elemento aqui destacado, “garantir a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública”, decorre justamente da supremacia do interesse público, que norteia a atividade da Administração Pública. A função administrativa deve pautar-se no interesse da coletividade, de um bem estar comum.

Desse modo, não é o indivíduo em si o destinatário da atividade administrativa, mas sim o grupo social num todo. Saindo da era do individualismo exacerbado, o Estado passou a caracterizar-se como o *Welfare State (Estado/bem estar)*, dedicado a atender ao interesse público. Logicamente, as relações sociais não ensejar, em determinados momentos, um conflito entre o interesse público e o interesse privado, mas ocorrendo esse conflito, há de prevalecer o interesse público.¹⁰

Da supremacia do interesse público decorre, como princípio lógico o princípio da Indisponibilidade. Ora, os bens e interesses públicos não pertencem ao administrador e agentes públicos. Neste sentido:

A Administração não a livre disposição dos bens e interesses públicos, porque atua em nome de terceiros. Por

Contratos. Ano XVIII, outubro, nº 212, p. 939-947, 2011, p. 942.

7. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Manual de Direito Administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 411.
8. HIGA, Alberto Sinji; CASTRO, Marcos Pereira; OLIVEIRA, Simone Zanotello de. *Manual de Direito Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Rideel, 2018, p. 144.
9. NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 307
10. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 32.

esta razão é que os bens públicos só podem ser alienados na forma em que a lei dispuser. Da mesma forma, os contratos administrativos reclamam, como regra, que se realize a licitação para encontrar quem possa executar obras e serviços de modo mais vantajoso para a Administração.¹¹

A licitação, portanto, visa garantir a seleção de proposta apresentada mais vantajosa à Administração Pública, para a futura contratação¹², assegurando, desta forma a concretização do princípio da supremacia do interesse público.

1.1 O DEVER CONSTITUCIONAL DE LICITAR

Como regra, a licitação não é uma opção da Administração Pública, mas um dever. Este dever decorre dos princípios insculpidos na Constituição Federal de 1988. Além dos princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade, já citados, o texto constitucional expressamente consagra no artigo 37 da Carta Magna os princípios constitucionais da Administração Pública.

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:

Os princípios da Administração Pública elencados no *caput* do artigo 37 já são suficientes para a conclusão que a Administração Pública não tem liberdade para contratar. O inciso XXI do mesmo artigo, no entanto, determina expressamente a necessidade do procedimento licitatório:

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

11. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 34.

12. Conforme esclarece Irene Patrícia Nohara, embora a licitação esteja voltada para a realização de contrato administrativo, os institutos não se confundem. A licitação, processo administrativo autônomo do contrato administrativo, encerra-se com a adjudicação. Nem toda licitação acarretará, necessariamente em um contrato administrativo, tendo em vista que a licitação poderá ser revogada por motivo superveniente justificado, ou anulada por vício de ilegalidade. Da mesma forma, há contratações que, de forma excepcional, podem ocorrer por contratação direta, sem o procedimento prévio licitatório. NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 308.

cumprimento das obrigações.

O dever de licitar não decorre, portanto, de mera vontade legal, mas de expressa disposição do Poder Constituinte Originário. Há que se ressaltar que as hipóteses de contratação sem licitação, seja no caso de inexigibilidade ou dispensa de licitação devem estar previstas em legislação infraconstitucional. Configuram, no entanto, situação de excepcionalidade. A regra é a necessidade do procedimento licitatório.

1.2 A IGUALDADE COMO PRINCÍPIO CONDUTOR DA LICITAÇÃO

A licitação possui duas finalidades fundamentais. Assegura à Administração Pública a contratação com base em proposta mais vantajosa aos interesses públicos e, ao mesmo tempo assegurar à todos que tem interesse de contratar com a Administração Pública a oportunidade de apresentar sua proposta.

Não há como assegurar o interesse público sem que o processo licitatório assegure também a isonomia de tratamento entre os interessados em contratar com a Administração Pública. Neste sentido, o voto do Ministro Eros Grau no julgamento da ADI 2716:

A licitação - tenho-o reiteradamente afirmado - é um procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia. Está voltada a um duplo objetivo: o de proporcionar à Administração a possibilidade de realizar o negócio mais vantajoso - o melhor negócio - e o de assegurar aos administrados a oportunidade de concorrerem, em igualdade de condições, à contratação pretendida pela Administração.

A licitação, assim, há de ser concebida como uma imposição do interesse público, sendo seu pressuposto a competição. “Competição” é, no entanto, termo que assume ao menos duas significações. Enquanto pressuposto da licitação, competição é possibilidade de acesso de todos o e quaisquer agentes econômicos capacitados à licitação; ela aqui, é concreção da garantia de igualdade (isonomia). Chamo-la competição-pressuposto. Por outro lado, competição é também disputa, ou seja, no caso possibilidade de uns licitantes apresentarem melhores propostas do que outros, um a posposta melhor todas . Chamemo-la competição disputa.

Sendo um procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia, podemos afirmar que a função da licitação é a de viabilizar, através da

mais ampla disputa, envolvendo o maior número possível de agentes econômicos capacitados, a satisfação do interesse público. A competição de que aqui se trata (competição pressuposta), visada pela licitação, a instrumentalizar a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, impõe-se seja desenrolada de modo que reste assegurada a igualdade (isonomia) de todos quantos pretendam acesso às contratações administrativas.¹³

Desta forma, o processo licitatório deve assegurar a igualdade de oportunidades, de modo que todos os interessados em contratar com a Administração Pública, tenham oportunidade de oferecer seus bens e serviços.

Por outro lado, o princípio da igualdade deve assegurar a competitividade, de modo que todos os interessados possam competir, no sentido de oferecer, de fato, a melhor oferta à Administração Pública.

A legislação pertinente à Licitação, Lei 8.666/93 estabelece em seus dispositivos a vedação da prática de atos atentatórios à igualdade entre os competidores, à medida em que veda aos agentes públicos, “*admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato*” (art. 3º, § 1º, I), ou mesmo estabeleça “*tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras*” (art. 3º, § 1º, II).

Há que se ressaltar que a Lei 10.520/2002 em seu artigo 9º assegura a aplicação subsidiária da Lei 8.666/93 ao pregão, inclusive eletrônico.

2 PREGÃO ELETRÔNICO: BREVES CONSIDERAÇÕES

O pregão surgiu como parte de um projeto de alteração geral da Lei das Licitações e que, tinha por escopo substituir a disciplina legal tradicional constante da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Segundo Diógenes Gasparini foi com a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, a conhecida Lei Geral das Telecomunicações que o pregão é incorporado no ordenamento jurídico brasileiro¹⁴.

13. STF, ADI 2716. Rel. Ministro Eros Grau, p. 232. Disponível em : <<http://redir.stf.jus.br>> acesso em 05/fev./2019.

14. GASPARINI, Diógenes (org). *Pregão presencial e eletrônico*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, p. 22. Diz o artigo 54 da Lei nº 9.472, de 1997, in verbis: “Art. 54. A contratação de obras e serviços de engenharia civil está sujeita ao procedimento das licitações previsto em lei geral para a Administração Pública. Parágrafo único. Para os casos não previstos no caput, a

Portanto, as Medidas Provisórias nº 2.026, de 2000, nº 2.182-18, de 2001 ou, ainda, a Lei Federal nº 10.520, de 2002 apenas disciplinam instituto jurídico que já existia no ordenamento jurídico nacional.

A palavra pregão tem sua raiz no vocábulo latino *praiconium*, que significa apregoar, proclamar notícias e que expressa o ato proferir palavras em voz alta ou, ainda, à proclamação em alta voz de lances nas hastas públicas¹⁵.

Diferentemente das formas clássicas de licitação em que a apresentação de propostas é feita tão-somente mediante a apresentação de envelope lacrado contendo a proposta que será aberta em átimo oportuno, o pregão traz um procedimento peculiar. Segundo Niebuhr, o que distingue o pregão das demais modalidades de licitação são três características, a saber, (a) utilização do pregão para bens e serviços comuns, (b) inversão de fases de licitação, com julgamento das propostas antes da fase de habilitação, (c) divisão da etapa de julgamento em duas fases, com a abertura das propostas e, no momento seguinte, a oportunidade aos participantes de oferecimento de novas propostas oralmente e em voz alta¹⁶. Assim, o pregão pode ser conceituado como:

[...] uma nova modalidade de licitação pública e pode ser conceituado como o procedimento administrativo por meio do qual a Administração Pública, garantindo a isonomia, seleciona fornecedor ou prestador de serviço, visando à execução de objeto comum no mercado, permitindo aos licitantes, em sessão pública presencial ou virtual, reduzir o valor da proposta por meio de lances sucessivos¹⁷.

O pregão surge como uma modalidade de licitação para ser em algumas situações, mais especificamente na contratação de bens e serviços comuns e, segundo a disciplina da Lei nº 10.520, de 2002, a adoção do pregão seria um ato discricionário¹⁸, excetuada a Administração Pública Federal que, por força do artigo 4º do Decreto nº 5.450, de 2005, deve obrigatoriamente adotar o pregão, sendo preferencial a adoção da modalidade eletrônica¹⁹.

Agência poderá utilizar procedimentos próprios de contratação, nas modalidades de consulta e pregão.”

15. NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão presencial e eletrônico*. 7. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015, p. 17.

16. NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão presencial e eletrônico*. 7. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015, p. 17.

17. FERNANDES, J.U. Jacoby. *Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico*. 3. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 409.

18. FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 6. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015, p. 428.

19. Preceitua o artigo 4º do Decreto nº 5.450, de 2002, in verbis: “Na licitações para aquisição de

A legislação regente traz a definição do que sejam bens e serviços comuns. O artigo 3º do Decreto nº 3.555, de 2000, em seu § 2º, com redação dada pelo Decreto nº 7.174, de 2010 traz o seguinte conceito de bens e serviços comuns, *in verbis*:

Art. 3º *Omissis*.

[...]

§ 2º Consideram-se bens e serviços comuns aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos no edital, por meio de especificações usuais praticadas no mercado.

Segundo Furtado “O entendimento do que sejam bens ou serviços comuns está relacionado àqueles bens ou serviços disponíveis no mercado”²⁰. Neste sentido, Jacoby Fernandes²¹ adverte que a norma claramente dispõe as situações em que o pregão é cabível, sendo que, para os bens e serviços que não se enquadrem no conceito de comuns, a utilização do pregão está implicitamente vedada.

A definição se um bem e um serviço é comum ou não consiste em verificar “[...] a possibilidade de definir o padrão de desempenho ou qualidade, segundo especificações usuais do mercado.”²², situação, contudo, que não afasta problemas na caracterização de determinado bem ou serviço como comum, o que levou a 1ª Câmara do Tribunal de Contas da União a asseverar que, no que tange a classificação de um bem ou serviço como comum há uma relativa discricionariedade²³.

Duas espécies de pregão estão disciplinadas, a saber, o pregão presencial e o pregão eletrônico. Na espécie presencial há uma sessão coletiva, reunindo fisicamente o pregoeiro, equipe de apoio e representantes dos licitantes em determinado local, situação distinta do que se dá na espécie

bens e serviços comuns será obrigatória a modalidade pregão, sendo preferencial a utilização da sua forma eletrônica. § 1º O pregão deve ser utilizado na forma eletrônica, salvo nos casos de comprovada inviabilidade, a ser justificada pela autoridade competente.” Acerca da obrigatoriedade do pregão na Administração Pública Federal, conferir: TCU, Acórdão nº 1.574-1ª Câmara e Acórdão nº 816/2006. Para as entidades do Sistema S, o Tribunal de Contas da União sedimentou entendimento pela obrigatoriedade de adoção do pregão na modalidade eletrônica como regra e, subsidiariamente, a modalidade presencial, desde que devidamente justificada pela autoridade competente. Neste sentido: TCU, Acórdão nº 1.695/2011-Plenário, Acórdão nº 2.165-2014 e Acórdão nº 1.584/2016-Plenário.

20. FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 6. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015, p. 432.

21. FERNANDES, J.U. Jacoby. *Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico*. 3 ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 414.

22. FERNANDES, J.U. Jacoby. *Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico*. 3 ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 415.

23. TCU, Acórdão nº 817/2005-1ª Câmara. Conferir também: TCU, Acórdão nº 165/2003-Plenário.

eletrônica, em que “[...] os interessados não comparecem em um certo local portando envelopes materialmente existentes.”²⁴

Logo, na espécie eletrônica não existirá sucessão de lances ofertados oralmente pelos participantes, tampouco haverá um momento de abertura de envelopes contendo as propostas, pois os recursos da tecnologia da informação permitem que os lances sejam ofertados por transmissão eletrônica, o que demanda a gestão do processo licitatório e do sistema eletrônico.

Já era evidente em 2005 que o pregão eletrônico passaria a ter prevalência, sobretudo se se considerar o grande avanço tecnológico computacional de lá para cá. O avanço da tecnologia da informação nos últimos anos torna muito mais atrativa a utilização da modalidade eletrônica do pregão. Nas palavras de Niebuhr²⁵, “*Por certo, num futuro bem próximo, quase a totalidade das licitações será processada pela internet, cujas vantagens são notórias, especialmente em relação à ampliação da competitividade.*”

Freitas e Maldonado²⁶ ressaltam que o pregão eletrônico traz maior celeridade nos procedimentos, com redução dos prazos e exigências documentais, além de ampliar a gama de interessados pelo fato de que, sendo a participação a distância, empresas de qualquer parte do país poderão participar da sessão pública que é virtual. Citam, ademais, o aumento da transparência e da publicidade dos atos em razão de o acompanhamento em tempo real ser possível através da rede mundial de computadores. Asseveram, por fim, que o pregão eletrônico dificulta a formação de cartéis e outros artifícios capazes de burlar a competitividade dos procedimentos, sendo importante instrumento de combate à corrupção.

3 A UTILIZAÇÃO DE ROBÔS NO PREGÃO ELETRÔNICO

O pregão eletrônico é alvo, contudo, de algumas polêmicas, dentre as quais a questão envolvendo a utilização de software pelos participantes. Ou seja, constitui-se em ofensa ao princípio da isonomia e da competitividade o uso de inteligência artificial?

24. GASPARINI, Diógenes (org.). *Pregão presencial e eletrônico*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, p. 33.

25. NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão presencial e eletrônico*. 7. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015, p. 19.

26. FREITAS, Marcelo de; MALDONADO, José Manuel Santos de Varge. O pregão eletrônico e as contratações de serviços contínuos. Rio de Janeiro: Revista de Administração Pública. Fundação Getúlio Vargas, n. 47, set./out., p. 1265.

Embora o Tribunal de Contas da União tenha proferido decisão no Acórdão nº 1.647/2010 e no Acórdão nº 2601/2011 assentando que a utilização de software denominado “robô” compromete a competitividade e a isonomia do pregão eletrônico, a questão ainda não está totalmente pacificada.

Inicialmente é preciso destacar que tais decisões foram proferidas no ano de 2010, há quase uma década, período no qual o desenvolvimento da tecnologia da informação foi notável e não apenas isso, o acesso à ferramentas tecnológicas tornou-se mais democrática.

É impensável na atual quadra da história uma empresa não se valer de tecnologia para o desenvolvimento de suas atividades. Por outro lado, deve haver uma melhor compreensão dos conceitos de competitividade e isonomia no que tange aos procedimentos licitatórios, especialmente no pregão eletrônico.

E isso pelo fato de que não se pode tomar o conceito de isonomia de forma absoluta, sob pena de desvirtuamento da *ratio essendi* da norma de proteção. O artigo 3º, *caput* da Lei nº 8.666, de 1993, aplicável subsidiariamente ao pregão eletrônico destaca que a licitação tem por desiderato garantir a observância do princípio constitucional da isonomia.

Comentando este dispositivo, Marçal Justen Filho adverte que “*Há equívoco em supor que a isonomia veda a diferenciação entre os particulares para contratação com a Administração*”²⁷. E complementa: “*A isonomia significa, de modo geral, o livre acesso de todo e qualquer interessado à disputa pela contratação com a Administração*”²⁸.

O primeiro ponto, no que tange à suposta violação da isonomia, reside no fato de que a tecnologia da informação está amplamente acessível, sendo, no mais, praticamente necessária ao exercício da atividade empresarial nos dias atuais. E, quando se trata de prováveis fornecedores de bens e serviços à Administração Pública, há que se duvidar da capacidade técnica e econômica de uma empresa que não faz uso de instrumentos tecnológicos à disposição do mercado.

O acesso à softwares de lances não é restrito a um pequeno grupo, estando disponível a toda e qualquer empresa que deseje participar de procedimentos licitatórios. E aqui é importante lembrar que a isonomia buscada pela lei consiste no livre acesso de todos os interessados à disputa,

27. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 67.

28. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 67.

não cabendo à Administração Pública e tampouco ao TCU fiscalizar a qualidade das ferramentas tecnológicas utilizadas pelos participantes. Basta dizer que a existência de configurações distintas nos computadores, com diferentes velocidades de processamento, bem como os diversos pacotes de velocidade dos inúmeros provedores de internet no mercado são suficientes para mostrar que haverá desequilíbrio entre os participantes, e o que a lei deve buscar é um acesso livre à disputa para todos aqueles que desejem participar.

Aliás, neste sentido, o Tribunal de Contas da União, no Acórdão nº 1.216/2014-Plenário assentou que:

27. Ao agente privado é lícito e louvável que aprimore os meios que melhor lhe aprouver para tomar decisões rápidas e seguras, principalmente quando está envolvido em disputa comercial. Para tanto, a empresa pode valer-se de instrumentos como: microcomputadores de última geração; planilhas eletrônicas que permitam o cálculo das variações dos custos e preços possíveis dos seus produtos e serviços diante das informações obtidas em ambiente concorrencial; programas de acesso rápido à Internet.

Não assiste razão a Niebuhr quando diz que o software para oferecimento de lances “[...] *potencializa em grau praticamente absoluto as chances de sucesso dos seus usuários*”²⁹. E isso porque ele mesmo reconhece que não existe um único modelo disponível de software no mercado. Além do mais, ele conclui que “*O software, de oferecimento de lances, ao menos da forma delineada nesse tópico, é claramente um destes expedientes que frustra a competitividade*”³⁰

O equívoco na argumentação está em considerar a tecnologia, em si, como um problema. Não é a utilização da ferramenta que poderá ocasionar ofensa à competitividade, mas sim as normas previstas no edital e a gestão do sistema eletrônico. Aliás, como já destacado, os tempos atuais, com o crescimento da inteligência artificial, os *smartcontracts* e ferramentas que permitem a auditoria simultânea nas transações eletrônicas afigura-se ineficiente a proibição da utilização de softwares em pregões eletrônicos.

O Tribunal de Contas da União, no Acórdão nº 1216/2014-Plenário afirmou que:

23. A utilização indiscriminada dos programas de remessa automática de propostas de licitantes em pregão eletrônico, a ponto de vulnerar o ambiente concorrencial

29. NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão presencial e eletrônico*. 7. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015, p. 264.

30. NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão presencial e eletrônico*. 7. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015, p. 265.

e o princípio da isonomia, é, em grande medida, reforçada negativamente pela ausência de previsão, em normas técnicas e operacionais, de mecanismos que inibam essas distorções, a exemplo da fixação de intervalo mínimo de resposta entre os lances ofertados por um mesmo licitante e entre as ofertas enviadas por distintos concorrentes.

24. Outro exemplo de precaução do gênero seria a possibilidade de o edital de licitação fixar valor mínimo da diferença de valores entre os lances ofertados entre os concorrentes, tal como prevêem a Lei que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações – RDC (Lei 12.462/2011) e a respectiva norma regulamentadora (artigo 18, parágrafo único, do Decreto 7.581/2011). Por certo, o licitante será desestimulado a utilizar a ferramenta de envio automático, quando seja obrigado a repensar no lançamento de ofertas de cobertura do menor preço da disputa em que a diferença não mais seja desprezível.

Ou seja, a própria Corte de Contas reconhece que há mecanismos que, se implementados, garantirão a competitividade do pregão eletrônico, medidas estas que são de incumbência do Poder Público.

E, neste sentido, a Instrução Normativa nº 03, de 04 de outubro de 2013, expedida pela Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, alterando a Instrução Normativa nº 03, de 16 de dezembro de 2011 prevê que entre os lances ofertados por um mesmo licitante haverá um intervalo que não poderá ser inferior a 20 (vinte) segundos. Além disso, prevê que entre um lance e outro, deve haver um intervalo não inferior a 3 (três) segundos.

Significa que cai por terra o argumento de que a utilização de software maximiza em grau absoluto as chances de quem utiliza a ferramenta. Ademais, a existência do chamado tempo randômico, o qual é fixado pelo sistema de maneira aleatória, em até 30 (trinta) minutos, juntamente com o intervalo para oferta de lances e a diferença mínima de valores entre os lances, previstos na Instrução Normativa supracitada afastam qualquer possibilidade de ofensa à competitividade.

Este quadro mostra que, ao contrário do que se pensa, proibir a utilização de software de remessa de lances automáticos não traz qualquer vantagem à Administração Pública, pois as medidas introduzidas pela Instrução Normativa nº 03, de 04 de outubro de 2013 garantem a competitividade que passa a ser mais acirrada com o uso dos robôs.

Ademais:

A eficiência das contratações, portanto, é elemento fundamental do processo licitatório, principalmente no

que tange à otimização da equação custo-benefício, a qual exige que as contratações propiciem o maior benefício à coletividade ao menor custo possível aos cofres públicos³¹.

A Administração Pública será beneficiada pela obtenção do melhor preço, sobretudo porque poderá estabelecer uma diferença de valor entre um lance e outro que deverá ser observado pelos licitantes, afastando uma prática que se verificou há tempos de oferta de lance com diferença de centavos.

Há evidente exagero na afirmação de que a utilização de robôs em pregões eletrônicos caracteriza o tipo penal previsto no artigo 90 da Lei nº 8.666, de 1993³². Considerar que a utilização de softwares de lances automáticos é punir a inovação tecnológica em detrimento da ineficiência da máquina pública em tomar medidas necessárias à garantia da isonomia e da competitividade e, ao mesmo tempo, inserir o procedimento licitatório eletrônico no contexto das sociedades de informação.

Destaque-se que o problema – isso ficou evidente com a Instrução Normativa nº 03, de 2013 – não é a utilização de robôs, mas uma certa aversão injustificada do Poder Público em exercer seu papel de estabelecer parâmetros para a garantia da competitividade e da isonomia dos licitantes.

Por fim, a propalada ofensa à isonomia também não se caracteriza a ofensa ao princípio da isonomia. Segundo Bandeira de Mello³³ (2009, p. 23):

- a) a lei não pode erigir em critério diferencial um traço tão específico que singularize no presente e definitivamente, de modo absoluto, um sujeito a ser colhido pelo regime peculiar;
- b) o traço diferencial adotado, necessariamente há de residir na pessoa, coisa ou situação a ser discriminada.

Ora, a utilização de software de envio de lances automáticos não encontra óbice na legislação, não havendo lei que disponha sobre um critério diferencial um traço que singularize no tempo presente e de maneira definitiva, absoluta tal critério. Vivemos na era da chamada *Internet of Things*

31. BOTELHO, Marcos César; LARANJEIRA, Laís Aparecida; CARMARGO, Elimeí Paleari do Amaral. Audiência pública na lei de licitações. Curitiba: *Revista Zênite de Licitações e Contratos*. Ano XVIII, outubro, nº 212, p. 939-947, 2011, p. 943.

32. Neste sentido: NIEBUHR, 2015, p. 364. Prescreve Lei nº 8.666, de 1993, no artigo 90, in verbis: “Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa”.

33. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 23

e do *Big Data*. Mayer-Schönberger e Cukier afirmam que “*A era do big data desafia a maneira como vivemos e interagimos com o mundo*”³⁴. E complementam:

A Google processa mais de 24 petabyte de dados por dia, volume milhares de vezes maior que todo o material impresso na Biblioteca do Congresso dos Estados Unidos. O Facebook, empresa que não existia há uma década, recebe mais de 10 milhões de fotos a cada hora³⁵.

A Internet das Coisas (*Internet of Things*) é uma realidade que não pode ser desprezada. É neste contexto que:

Essas redes pervasivas têm a característica de conectar não apenas humanos a humanos, mas também humanos a objetos e objetos a objetos. A Internet das Coisas corresponde à fase atual da internet em que os objetos se relacionam com objetos, humanos e animais os quais passam a ser objetos portadores de dispositivos computacionais capazes de conexão e comunicação. Nesse sentido, os objetos tendem a assumir o controle de uma série de ações do dia a dia, sem necessidade de que as pessoas estejam atentar e no comando³⁶.

Ou seja, o argumento de ofensa à isonomia pela utilização de software de automatização de lances não se sustenta na medida em que o acesso a estas ferramentas computacionais está ao alcance de qualquer pessoa. Se a ideia de ubiquidade está subjacente na Internet das Coisas, significa que a sociedade pós-moderna traz como exigência a necessidade de utilização de ferramentas digitais para a consecução das atividades do dia a dia.

Logo, a recusa de alguém em não querer utilizar a ferramenta de automatização de lances não pode ser motivo para proibição do uso de softwares nos pregões. Seria o mesmo que proibir o uso de automóveis só porque algumas pessoas querem continuar utilizando carroças.

É importante lembrar que o pregão eletrônico somente é possível em razão da utilização de tecnologia da informação que, em um mundo digital como o atual, pressupõe a possibilidade de utilização de todo e qualquer instrumento que possa maximizar a eficácia das atividades tanto no setor público quanto no privado, sem que isso significa, necessariamente, ofensa à dignidade e competitividade.

34. MAYER-SCHÖNBEGGER, Viktor; CUKIER, Kenneth. *Big data: como extrair volume, variedade, velocidade e valor da avalanche de informação cotidiana*. Rio de Janeiro: Ellsevier, 2013, p. 4.

35. MAYER-SCHÖNBEGGER, Viktor; CUKIER, Kenneth. *Big data: como extrair volume, variedade, velocidade e valor da avalanche de informação cotidiana*. Rio de Janeiro: Ellsevier, 2013, p. 5.

36. SANTARELLA, Lúcia et al. *Desvelando a internet das coisas*. São Carlos: Revista Geminis. Universidade Federal de São Carlos. Ano 4, vol. 1, n° 2, p. 19-32, 2013, p. 28.

Por outro lado, a proibição de utilização de softwares de lances automáticos sob o pretexto de promover a isonomia também não pode ser acolhida, pois representaria a singularização no presente e de forma definitiva e absoluta de uma situação que vai de encontro com a marcha do progresso e o desenvolvimento tecnológico. Se o software potencializa as chances de ganho, o acesso livre que há a todo e qualquer participante a este tipo de ferramenta equaliza as chances de disputa e estabiliza a disputa em um cenário em que a tecnologia efetivamente produzirá eficiência nas contratações pela Administração Pública.

CONCLUSÕES

Não resta qualquer dúvida acerca da importância dos procedimentos licitatórios no que se refere a uma gestão mais eficiente do dinheiro público, proporcionando à Administração Pública a obtenção de maior qualidade com menor preço.

A eficiência das contratações passa pela utilização dos instrumentos legais de seleção e contratação em conformidade com o atual estágio do desenvolvimento tecnológico.

Assim, verificou-se que a utilização de software de lances automáticos não traz qualquer prejuízo à Administração Pública, tampouco gera a quebra da isonomia e da competitividade.

O principal argumento daqueles que são contrários ao uso de robôs em licitação é o do que o detentor da ferramenta tem maiores chances de êxito, argumento que desconsidera o fato de que a ferramenta está acessível a todos os participantes. Ademais, a Instrução Normativa nº 03, de 04 de outubro de 2013, expedida pela Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, alterando a Instrução Normativa nº 03, de 16 de dezembro de 2011 ao prever que entre os lances ofertados por um mesmo licitante haverá um intervalo que não poderá ser inferior a 20 (vinte) segundos, e que entre um lance e outro, deve haver um intervalo não inferior a 3 (três) segundos, trouxe maior segurança ao procedimento afastando qualquer possibilidade de utilização do software de modo a mitigar a competitividade e a isonomia.

O Direito precisa se adaptar a nova realidade tecnológica, de tempos da internet das coisas, aprendendo a utilizar a tecnologia da informação de modo a otimizar a aplicação das leis as relações sociais que estão imersas na sociedade digital.

Outrossim, inexistente a caracterização de conduta abarcada pelo tipo penal previsto no artigo 90 da Lei nº 8.666, de 1993. Na verdade, a competitividade é ampliada – e não mitigada – com a utilização do software, pois os lances automáticos efetuados dentro dos parâmetros da Instrução Normativa nº 03, de 04 de outubro de 2013 irão fomentar uma disputa mais acirrada que terá como consequência a obtenção pela Administração do melhor preço.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BOTELHO, Marcos César; LARANJEIRA, Laís Aparecida; CARMARGO, Elimeir Paleari do Amaral. Audiência pública na lei de licitações. Curitiba: Revista Zênite de Licitações e Contratos. Ano XVIII, outubro, nº 212, p. 939-947, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Manual de Direito Administrativo. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FERNANDES, J.U. Jacoby. Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial e Eletrônico. 3.ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

FREITAS, Marcelo de; MALDONADO, José Manuel Santos de Varge. O pregão eletrônico e as contratações de serviços contínuos. Rio de Janeiro: Revista de Administração Pública. Fundação Getúlio Vargas, n. 47, set./out., p. 1265-1281, 2013.

FURTADO, Lucas Rocha. Curso de licitações e contratos administrativos. 6. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015.

GASPARINI, Diógenes (org.). Pregão presencial e eletrônico. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006.

HIGA, Alberto Sinji; CASTRO, Marcos Pereira; OLIVEIRA, Simone Zanutello de. Manual de Direito Administrativo. 1. ed. São Paulo: Rideel, 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. São Paulo: Dialética, 2005.

_____. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

_____. Curso de direito administrativo. 7. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

NOHARA, Irene Patrícia. Direito Administrativo. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; CUKIER, Kenneth. Big data: como extrair volume, variedade, velocidade e valor da avalanche de informação cotidiana. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Pregão presencial e eletrônico. 7. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015.

SANTARELLA, Lúcia et al. Desvelando a internet das coisas. São Carlos: Revista Geminis. Universidade Federal de São Carlos. Ano 4, vol. 1, nº 2, p. 19-32, 2013.

SOUZA, Luiz Roberto Carboni. A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais no Ordenamento Jurídico Brasileiro. In: 3º COLÓQUIO PANORAMA DA PESQUISA EM DIREITO, 1., 2013, Universidade Católica de Santos. 3º Colóquio Panorama da Pesquisa em Direito[...]. Santos: Leopoldianum, 2013. p. 361-377.

CAPÍTULO 32

OS DIREITOS DOS USUÁRIOS DE SERVIÇO PÚBLICO NO DIREITO BRASILEIRO

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO

Professora Titular aposentada da Faculdade de Direito da USP.
Procuradora do Estado aposentada. Advogada em São Paulo.

1 A NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO E SUA JUSTIFICATIVA

O tema proposto contém duas ideias – *serviço público* e *usuários* – que correspondem a dois polos de uma relação jurídica que se estabelece entre, de um lado, o Estado (como titular dos serviços públicos) e, de outro, o cidadão (como usuário dos serviços públicos).

Começemos com a concepção de serviço público e a justificativa para sua existência.

Quando, no direito francês, se concebeu a ideia de serviço público, tinha-se em mente a existência de necessidades coletivas essenciais que não podiam ser deixadas nas mãos da iniciativa privada e do mercado, de um lado, porque faltaria a característica da obrigatoriedade da prestação e, de outro, porque não haveria como impor exigências de continuidade, isonomia, universalidade. Tais imposições iriam contrariar fundamentalmente os princípios da liberdade de iniciativa e da livre concorrência. A essas razões pode ser acrescentada a ideia de que somente o Estado tem condições de assumir, com caráter de obrigatoriedade, atividades prestadas com prejuízo ou gratuitamente.

Daí a elaboração do conceito tradicional de serviço público que compreende um **elemento subjetivo** (atividade que incumbe ao Estado), um **elemento objetivo** (atividade que atende a necessidades coletivas) e um **elemento formal** (atividade prestada em regime jurídico de direito público).

Esse regime é o que engloba os princípios inerentes ao conceito de serviço público, como o da obrigatoriedade, continuidade, universalidade, igualdade de tratamento dos usuários, uniformidade de tarifas, modicidade das tarifas, com possibilidade de prestação de serviços gratuitos ou com tarifas sociais abaixo do custo, mutabilidade do regime jurídico para adaptação ao interesse público, sempre cambiante.

Sem nos determos na evolução do conceito de serviço público (que hoje nem sempre é prestado diretamente pelo Estado e nem sempre sob o regime jurídico inteiramente público), o fato é que, no direito brasileiro, o conceito vem se mantendo apesar dos embates sofridos por influência do direito anglo-saxão e do direito comunitário europeu. Sabe-se que nos Estados Unidos não existe o conceito de serviço público e sim o de serviço de utilidade pública; e o direito comunitário europeu prega o fim do conceito de serviço público, com base no Tratado da União Europeia, sob o argumento de que a ideia de exclusividade do Estado na titularidade de alguns serviços contraria o princípio da liberdade de iniciativa e o da livre concorrência, que estão na base da ordem econômica adotada pela União Europeia. Foi adotado e imposto aos países membros a substituição do conceito de serviço público por **serviço de interesse econômico geral**. A consequência foi a privatização de empresas estatais, a privatização (ou *liberalização*) de serviços públicos, que passaram a ser considerados atividades de natureza privada, com a devolução das mesmas à livre iniciativa, à livre concorrência, à liberação de preços.

A consequência de privatizar uma atividade, colocando-a na livre iniciativa, é que o particular não tem o *dever* de prestá-la. Além disso, sendo o serviço prestado por particular, como atividade privada, não se aplicam princípios como os da continuidade, universalidade, isonomia e outros inerentes à prestação de serviços públicos. Por isso, a Corte Europeia retrocedeu um pouco e passou a permitir, em determinadas atividades econômicas consideradas essenciais (como telecomunicações, energia elétrica e outras), a imposição de *obrigações de serviço público*, especialmente a universalidade e a continuidade.

Depois, retrocedeu um pouco mais quando substituiu a expressão “serviço de interesse econômico geral” por “serviço de interesse geral”, com maior aproximação do conceito de serviço público. Retirou-se o vocábulo “econômico”, tendo em vista que a União Europeia evoluiu de sua posição original, voltada exclusivamente para fins de interesse econômico, para uma posição que abarca também os objetivos sociais.

No Brasil, parte da doutrina fala também em crise no conceito de serviço público. Mas a dificuldade de abandonar a expressão “serviço público” e o seu conceito é grande porque é a própria Constituição que prevê expressamente a competência exclusiva do Estado para a execução de várias atividades, como ocorre no art. 21, XI e XII. E continuam a existir dispositivos que fazem referência a serviços públicos, especialmente os artigos 175 e 37, § 6º. O que vem ocorrendo é uma liberalização parcial, feita pela legislação ordinária, especialmente nas áreas de telecomunicações, energia elétrica, correios, portos, em que uma parte da atividade, atribuída à União para ser exercida por autorização, permissão ou concessão, está sendo deixada à iniciativa privada. Independentemente de não se poder adotar no direito brasileiro a mesma solução imposta no âmbito da União Europeia (em decorrência de óbices de natureza constitucional), passou-se a defender e a implementar a concorrência na prestação de serviços públicos.

2 O SERVIÇO PÚBLICO COMO *DEVER* DO ESTADO E *DIREITO* DO USUÁRIO

No direito brasileiro o conceito de serviço público ainda se mantém, por força da própria Constituição Federal, apesar de alguns temperamentos que vêm sendo introduzidos pela legislação ordinária, especialmente na área de serviços públicos de natureza econômica (comerciais e industriais), como correios, energia elétrica, telecomunicações e portos. *A ideia é a de manter parcialmente tais atividades como serviços públicos de titularidade do Estado e liberar uma parcela para a iniciativa privada.* Com isto, introduz-se no ordenamento jurídico a ideia de concorrência na prestação de serviços públicos. Evidentemente, tais medidas (que implicam privatização parcial de uma atividade que a Constituição previu como de titularidade do Estado), têm sido adotadas com base em interpretação bem elástica de dispositivos da Constituição.

Note-se que é a Constituição que diz, no artigo 175, que incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Falar em concessão ou permissão implica reconhecer a titularidade do Estado. Só se pode falar em concessão ou permissão de serviço público quando a atividade é assumida pelo Estado, já que ninguém delega atividade que não lhe pertence.

Além disso, decorre da Constituição a existência indubitável de determinadas atividades que constituem *deveres* do Estado, como as mencionadas no artigo 21, XI e XII, e no artigo 25, § 2º, todas elas de titularidade exclusiva da União e dos Estados-membros, respectivamente.

Ao poder público cabe decidir se os prestará diretamente ou sob regime de concessão, permissão ou autorização. São os *serviços comerciais e industriais do Estado*.

Também decorre da Constituição a existência de atividades que constituem *deveres* do Estado, porém sem previsão de exclusividade, já que também são expressamente abertas à iniciativa privada. Trata-se dos *serviços sociais não exclusivos do Estado*, dentre eles a saúde, a educação, a assistência social, a cultura, a previdência.

É a Constituição que diz, no artigo 196, que a saúde é *direito* de todos e *dever* do Estado; é a Constituição que diz, no artigo 205, que a educação é *direito* de todos e *dever* do Estado e da família; é o artigo 215 que diz que o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional. Isto para mencionar apenas alguns dos serviços públicos previstos na Constituição no capítulo da ordem social.

Vale dizer que o conceito de serviço público permanece no direito brasileiro como atividade que constitui dever do Estado (independentemente da forma como o prestará, direta ou indiretamente). A esse *dever do Estado* corresponde o *direito* do cidadão de exigir a sua prestação, o que pode ser feito individual ou coletivamente, na esfera administrativa ou judicial, por intermédio dos entes públicos ou privados legitimados para a defesa de direitos difusos e coletivos.

Portanto, o primeiro aspecto a ressaltar é que, no direito brasileiro, a satisfação de necessidades coletivas previstas como deveres do Estado constitui direito do cidadão. Abrange os direitos sociais e os direitos econômicos: serviços sociais e comerciais ou industriais do Estado.

No que diz respeito aos *direitos sociais*, são eles previstos entre os direitos fundamentais, no artigo 6º da Constituição: “*São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma da Constituição*”.

Segundo José Afonso da Silva,¹ os direitos sociais “*são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciados em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade*”.

1. Curso de Direito Constitucional Positivo. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 285-286.

O autor classifica os direitos sociais, com base nos artigos 6º a 11 da Constituição, em seis categorias: “(a) *direitos sociais relativos ao trabalhador*; (b) *direitos sociais relativos à seguridade*, compreendendo os direitos à saúde, à previdência e assistência social; (c) *direitos sociais relativos à educação e à cultura*; (d) *direitos sociais relativos à moradia*; (e) *direitos sociais relativos à família, criança, adolescente e idoso*; (f) *direitos sociais relativos ao meio ambiente*”.²

Note-se que nem sempre os direitos sociais correspondem a prestações positivas proporcionadas pelo próprio Estado, sendo, em alguns casos, impostos à sociedade, como é o caso da proteção ao trabalho (dirigida ao empregador). Além disso, embora colocados como *direitos*, alguns dos previstos no artigo 6º estão longe de ser proporcionados pelo Estado, quer direta, quer indiretamente, como é o caso do direito à moradia, à segurança, à proteção, à maternidade e à infância. Tais direitos permanecem mais como objetivos a serem alcançados, a depender da adoção de providências a cargo do legislador e da Administração Pública, objetivos difíceis de serem inteiramente concretizados, em decorrência da insuficiência de recursos financeiros e, muitas vezes, da má utilização desses recursos pelo poder público.

A preocupação do constituinte com os direitos dos cidadãos perante os serviços públicos revela-se pela norma do artigo 175, parágrafo único, incisos II, III e IV, da Constituição, segundo o qual a lei disporá sobre os *direitos dos usuários*, a *política tarifária* (o que também pode proteger os usuários) e a *obrigação de manter serviço adequado*.

A preocupação com os usuários é posteriormente reforçada com a Emenda Constitucional nº 19/98, ao introduzir o § 3º no artigo 37 da Constituição, assim determinando:

§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

I – as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;

II – o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no artigo 5º, X e XXXIII;³

III – a disciplina da representação contra o exercício negligente ou

2. Ob. cit., p. 286.

3. A referência a esses incisos do artigo 5º tem em vista proteger a intimidade e o direito à informação, respectivamente.

abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

É importante ressaltar que a Constituição não utiliza o vocábulo *consumidor* para referir-se aos destinatários dos serviços públicos. Prefere falar em *usuário* do serviço público, não repetindo a expressão utilizada no artigo 5º, XXXII, segundo o qual “*o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor*”, dando margem a toda uma discussão sobre a inclusão ou não do usuário do serviço público na categoria de consumidor.

Também é importante ressaltar que a defesa do consumidor aparece não só entre os direitos fundamentais elencados no artigo 5º, como também entre os princípios da ordem econômica inseridos no artigo 170 da Constituição, com o fim de “*assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social*”. A inclusão desse dispositivo no título da Constituição que trata dos princípios da ordem econômica (fundada na livre iniciativa e na livre concorrência) parece reforçar a ideia de que o vocábulo *consumidor* foi utilizado para referir-se a uma das partes integrantes de uma relação jurídica privada estabelecida no âmbito econômico e não na esfera de prestação de serviços públicos.

Além disso, a Constituição, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, fixou o prazo de 120 dias para que fosse elaborado o Código de Defesa do Consumidor (art. 48); somente com a Emenda Constitucional nº 19/98 (portanto, dez anos depois) é que foi fixado igual prazo para que o Congresso Nacional elaborasse a lei de defesa do usuário de serviço público (art. 27).⁴

A primeira norma resultou na promulgação tardia do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8078, de 11-9-90). A segunda somente foi cumprida 19 anos depois de prevista na Emenda Constitucional nº 19/98, o que ocorreu com a promulgação da Lei nº 13.460, de 26-7-2017, que dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos dos usuários dos serviços públicas da administração pública.

Apesar da demora na promulgação da lei, os direitos dos usuários, nesse período de omissão do legislador, não ficaram inteiramente desprotegidos, porque o § 3º do artigo 37 (introduzido pela referida Emenda) consagra alguns princípios que podiam ser aplicados independentemente de lei, até porque decorrem de outros preceitos da Constituição. Trata-se do direito à informação, já assegurado pelo artigo 5º, XXXIII, da Constituição, e do direito de representação, também garantido pelo artigo 5º, XXXIV. Com base

4. Embora o dispositivo atribua essa competência ao Congresso Nacional, não há dúvida de que Estados e Municípios podem ter suas próprias leis de defesa dos usuários de serviços públicos, já que, em se tratando de serviços públicos dos diferentes entes federativos, cada qual tem competência própria para legislar sobre a matéria, inclusive sobre os direitos dos usuários.

nesses dispositivos, pode sempre o usuário de serviço público de qualquer natureza, exercer, pela via administrativa ou judicial, o direito à informação, como também pode representar perante as autoridades administrativas, o Tribunal de Contas, o Ministério Público, sobre as irregularidades na prestação dos serviços públicos, para fins de responsabilização civil, penal ou administrativa, além da responsabilidade por improbidade administrativa. Isto tudo sem falar nas ações coletivas, especialmente na ação civil pública referida no artigo 129, III, da Constituição, como importante instrumento de imposição de obrigações de fazer e não fazer, ao poder público, com vistas à defesa de interesses difusos e coletivos.

Além disso, no âmbito da legislação ordinária também existem normas esparsas que protegem os direitos dos usuários, especialmente no que se refere aos serviços comerciais e industriais do Estado.

Assim é que a lei de concessões e permissões (Lei nº 8.987, de 13-2-95) deu cumprimento ao artigo 175, parágrafo único, da Constituição, estabelecendo, no artigo 7º, que “sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078, de 11-9-90, são direitos e obrigações dos usuários:

I – receber serviço adequado;

II – receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos;

III – obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha entre vários prestadores de serviços, quando for o caso, observadas as normas do poder concedente;

IV – levar ao conhecimento do poder público e da concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado;

V – comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço;

VI – contribuir para a permanência das boas condições dos bens públicos através dos quais lhes são prestados os serviços.

Os usuários também têm o direito de escolher uma dentre seis datas opcionais oferecidas pela concessionária para vencimento de seus débitos (conforme artigo 7º-A, incluído na lei de concessões pela Lei nº 9.791, de 24-3-99). Além disso, pela Lei nº 13.673, de 5-6-2018, foi acrescentado um § 5º ao artigo 9º da Lei nº 8.987 para tornar obrigatória, para a concessionária, a divulgação, em sítio eletrônico, de forma clara e de fácil compreensão pelos usuários, de tabela com o valor das tarifas praticadas e a evolução das revisões ou registros realizados nos últimos cinco anos. Igual exigência

foi feita, pela mesma lei, com relação aos serviços de energia elétrica e telecomunicações, com alterações nas Leis n. 9.427, de 26-12-1996, e 9.472, de 16-7-1997.

Ainda dando cumprimento ao artigo 175, parágrafo único, da Constituição que, dentre outras coisas, exige seja assegurado serviço adequado, o artigo 6º da lei de concessões exige que a prestação de serviço seja adequada ao pleno atendimento dos usuários, e define, no § 1º, o serviço adequado como “*o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas*”. O cumprimento dessas exigências constitui *direito* do usuário, a ser exigido na via administrativa e judicial.

Como o artigo 7º da lei de concessões estabelece os direitos dos usuários “sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078, de 11-9-90”, depreende-se que o legislador entendeu que o usuário de serviço público exercido mediante concessão também se insere no conceito de *consumidor*. Isto, no entanto, tem que ser entendido em seus devidos termos, como se demonstrará adiante.

Merece menção, ainda, o Decreto nº 3.507, de 13-6-2000, que dispunha sobre o estabelecimento de padrões de qualidade do atendimento prestado aos cidadãos pelos órgãos e pelas entidades da Administração Pública Federal direta, indireta ou fundacional. Enquanto a Lei 8.987 aplica-se aos serviços prestados por concessionárias de serviços públicos, o Decreto nº 3.507 abrangia os serviços prestados diretamente pelo Estado, seja por seus próprios órgãos, seja pelas entidades da Administração indireta. Enquanto a Lei 8.987 é de âmbito nacional, o Decreto nº 3.507 era de aplicação restrita à União. Esse decreto não mais está em vigor, tendo sido revogado pelo Decreto nº 6.932, de 11-8-2009, este último revogado pelo Decreto nº 9.094, de 17-7-2017, que dispõe sobre a simplificação do atendimento prestado aos usuários dos serviços públicos, ratifica a dispensa do reconhecimento de firma e da autenticação em documentos produzidos no País e institui a Carta de Serviços ao Usuário. Esse Decreto foi baixado já na vigência da lei de defesa dos usuários dos serviços públicos da administração pública (Lei nº 13.460, de 26-6-2017).

Muito antes disso, o Estado de São Paulo havia promulgado a Lei nº 10.294, de 20-4-99, dispondo sobre proteção e defesa do usuário do serviço público. Basicamente, ela prevê três tipos de direitos dos usuários: *direito à informação*, *direito à qualidade* e *direito ao controle*. Em relação a cada um desses itens, a lei especifica os direitos dos usuários. Ela indica os entes abrangidos (administração direta e indireta dos três Poderes) e, com relação

às concessionárias de serviços públicos, prevê a inclusão, nos respectivos contratos, de cláusulas impondo a adoção das exigências estabelecidas na lei. Também prevê órgão para receber denúncia e apurar irregularidades.

Também os estatutos funcionais contemplam normas que impõem deveres aos servidores públicos, como o de atender com presteza ao público em geral, prestando as informações requeridas, e o de tratar com urbanidade as pessoas. A tais deveres corresponde o direito do usuário de exigir o seu cumprimento.

Como se verifica, ainda que não houvesse uma sistematização, em um único diploma legal, dos instrumentos de garantia dos direitos dos usuários, muitos já estavam previstos no direito positivo, em legislação esparsa.

3 O USUÁRIO DE SERVIÇO PÚBLICO PERANTE O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - CDC

Com relação aos usuários de serviços públicos comerciais e industriais do Estado, cogita-se de sua identificação ou não com o *consumidor*, para fins de aplicação do Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei nº 8.078, de 11-9-90).

Pelo artigo 2º do Código, “*consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final*”. Nos termos do parágrafo único desse dispositivo, “*equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que determináveis, que haja intervindo nas relações de consumo*”.

Nas palavras de José Geraldo Brito Filomeno,⁵ consumidor é “*qualquer pessoa física que, isolada ou coletivamente, contrate para consumo final, em benefício próprio ou de outrem, aquisição ou a locação de bens, bem como a prestação de serviços.*” A seu ver, “*há que se equiparar o consumidor à coletividade que potencialmente esteja sujeita ou propensa à referida contratação. Caso contrário, deixaria à própria sorte, por exemplo, o público-alvo de campanhas publicitárias enganosas ou abusivas, ou então sujeito ao consumo de produtos ou serviços perigosos ou nocivos à sua saúde ou segurança*”.

Na realidade, como bem ressalta o autor, o consumidor é um dos partícipes da *relação de consumo*, aparecendo em uma posição de *hipossuficiência* frente ao *fornecedor*. Segundo ele, a relação de consumo apresenta as seguintes características:

“1. envolve basicamente duas partes bem definidas: de um lado o adquirente de um produto ou serviço (consumidor); de outro o fornecedor ou vendedor de um serviço ou produto (produtor/fornecedor);

2. tal relação destina-se à satisfação de uma necessidade

5. In: Manual de Direitos do Consumidor. São Paulo: Atlas, 1991, p. 27.

privada do consumidor;

3. o consumidor, não dispendo, por si só, de controle sobre a produção de bens de consumo ou prestação de serviços que lhe são destinados, arrisca-se a submeter-se ao poder e às condições dos produtores daqueles mesmos bens e serviços”.

A partir dessas características, até se poderia concluir que qualquer serviço prestado ao particular caracteriza uma relação de consumo para fins de aplicação do CDC. Abrangeria inclusive o serviço público.

Porém, assim não é. A lei tem que ser interpretada sistematicamente, de forma a extrair do conjunto de seus dispositivos e do regime jurídico a que se submete a Administração Pública, a conclusão correta sobre os limites de sua aplicabilidade aos usuários de serviços públicos.

Três dispositivos são especialmente relevantes: o artigo 3º, que define o fornecedor, o artigo 6º, inciso X, que contém a expressão *serviço público*, e o artigo 22, que se refere especificamente aos órgãos públicos.

Pelo artigo 3º, fornecedor é “*toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como entes despersonalizados, que desenvolvam atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços*”.

A preocupação do dispositivo não é com a natureza jurídica do fornecedor, mas com o tipo de atividade que exerce.

O § 2º do mesmo dispositivo complementa o *caput* ao exigir mais uma característica, que é a *remuneração*.

Por sua vez, o artigo 22 determina que “*os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos*”.

Nos termos do parágrafo único, “*nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste Código*”.

E o artigo 6º, inciso X, coloca entre os direitos básicos do consumidor, a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

A interpretação conjunta desses dispositivos permite concluir que:

a) em primeiro lugar, foi intenção do legislador determinar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos órgãos públicos, embora a expressão “órgãos públicos”, contida no artigo 22, seja inadequada, porque abrange apenas entes sem personalidade jurídica e é evidente que não foi esse o sentido em que a expressão foi utilizada; na realidade, a

norma abrange tanto os órgãos como as pessoas jurídicas, públicas ou privadas, que prestem serviços públicos, conclusão que se confirma pela referência a “empresas, concessionárias, permissionárias ou qualquer outra forma de empreendimento”;

b) em segundo lugar, as normas somente se aplicam se os serviços públicos forem prestados mediante remuneração, o que inclui apenas os serviços comerciais e industriais do Estado e exclui os serviços administrativos e sociais prestados sem qualquer tipo de contraprestação pelo usuário; em consequência, serviços como saúde e educação, quando prestados como serviços públicos pelo Estado ou pelas entidades da Administração indireta, são excluídos da abrangência da lei, porque gratuitos; já os serviços de saúde e educação, quando prestados por particulares, com base no princípio da liberdade de iniciativa, são alcançados pela lei, desde que prestados mediante remuneração; mas, no caso, a atividade não tem a natureza de serviço público, já que falta um de seus elementos característicos, a saber, a titularidade do Estado.

Outro dado a ressaltar é que há uma dificuldade em aplicar às entidades prestadoras de serviços públicos as *sanções* previstas no CDC. Se a entidade for da Administração indireta, ela está sujeita aos controles internos pela própria Administração Pública e ao controle externo pelo Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas. Se for concessionária ou permissionária de serviço público, liga-se ao poder concedente por meio de um contrato, que já prevê as penalidades cabíveis, com fundamento no direito positivo. Nem se poderia cogitar de aplicar penas como *suspensão temporária de atividade, cassação de licença do estabelecimento, interdição total, proibição de fabricação do produto*, pois tais penalidades contrariam o princípio da continuidade do serviço público. O prestador de serviço público tem o *dever* de fazê-lo pela forma estabelecida na lei e no contrato, estando sujeito também às consequências previstas na lei instituidora ou no contrato. A consequência é que a aplicação do CDC aos usuários de serviços públicos, além de limitar-se aos serviços públicos remunerados, ainda sofre outras limitações decorrentes da própria natureza da atividade.

Também em relação à *responsabilidade* existem diferenças profundas entre a *relação de consumo* abrangida pelo CDC e a *relação de serviço público*. A empresa prestadora de serviço público não o faz por sua livre iniciativa. Ela está sujeita à prestação da atividade nos termos em que a mesma é outorgada ou delegada pelo poder público. Ela não é titular do serviço. Ela não tem a possibilidade de produzir bens ou serviços por sua livre iniciativa. Ela não tem autonomia de vontade, pois atua nos limites e nas condições

impostas pelo poder público, sujeitando-se às consequências previstas no direito positivo para esse tipo de descentralização. Ela não presta o serviço apenas para o usuário que a contrata. Ela tem o dever de prestar o serviço a todos que preencham os requisitos legais, como decorrência do princípio da universalidade. Daí ser limitada a aplicação do CDC às empresas prestadoras de serviços públicos.

Por isso tudo, teria sido ideal a promulgação do Código de Defesa do Usuário do Serviço Público, paralelamente ao CDC. Apenas dezoito anos após a promulgação desse Código, que é de 1990 é que veio a ser promulgada a Lei nº 13.460, de 26-6-17, assim mesmo com prazo de vigência de 360 dias, previsto no artigo 25 da Lei, com as exceções contidas nos incisos II e III do mesmo dispositivo, que preveem, respectivamente, o prazo de quinhentos e quarenta dias para os Municípios que tenham entre cem mil e quinhentos mil habitantes, e de setecentos e vinte dias para os Municípios com menos de cem mil habitantes.

No que diz respeito aos *direitos sociais*, as dificuldades talvez sejam maiores. Embora se fale em *direitos* que, correspondem a *deveres* do Estado, esses deveres nem sempre são assumidos pelo próprio Estado, sendo, em alguns casos, impostos à sociedade, como é o caso da proteção do trabalho (dirigia ao empregador) e da proteção à infância e aos idosos, impostos ao próprio Estado e à sociedade. Muitos dos direitos sociais estão longe de ser proporcionados pelo Estado, seja direta seja indiretamente, como é o caso dos direitos à moradia, à segurança, aos desamparados, à infância. Alguns desses direitos são assegurados por normas programáticas, jamais complementadas por medidas adequadas dependentes de atuação do poder público. Outros são apenas objeto de fomento pelo Estado, por meio de parcerias com entidades do terceiro setor, na maior parte dos casos não devidamente controladas pelo poder público.

Vale dizer que, quanto aos serviços sociais do Estado, o direito positivo é muito mais pobre no que diz respeito à proteção dos usuários. É exatamente nessa esfera que a proteção do usuário seria mais relevante, porque o usuário dependente de serviço social do Estado é exatamente aquele que vem das classes menos privilegiadas da população.

Em algumas áreas, especialmente na da saúde e da educação, a omissão do poder público deu lugar à judicialização de políticas públicas, mediante ações judiciais propostas individualmente (às vezes coletivamente), com resultados perversos para o *interesse coletivo* (já que as decisões judiciais somente beneficiam as partes que têm mais fácil acesso ao Judiciário, o que nem sempre inclui os mais necessitados), para a *separação de poderes*

(porque o Judiciário invade áreas de competência dos outros Poderes) e para o *equilíbrio orçamentário* (porque as decisões judiciais impostas ao poder público sobrecarregam os orçamentos com despesas diversas das previstas na lei orçamentária).

4 A LEI DE DEFESA DO USUÁRIO DE SERVIÇO PÚBLICO

Para dar cumprimento à norma do artigo 37, § 3º, da Constituição (inserida pela Emenda Constitucional nº 19/98), foi publicada, com dezenove anos de atraso, a Lei nº 13.460, de 26-6-2017, que dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública. Essa lei foi regulamentada pelo Decreto nº 9.492, de 5-9-2018.

Apesar da amplitude do dispositivo constitucional, a lei, nos termos do artigo 1º, § 1º, limita-se a dar aplicação apenas ao *caput* e ao inciso I, segundo o qual “*a lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: I – as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços*”.

A lei deixou de lado os incisos II e III do § 3º do artigo 37 da Constituição, que cuidam, respectivamente, do “*acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo*” e “*a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública*”. E o fez, provavelmente, porque tais direitos já estão disciplinados em lei: o inciso II trata do direito à informação, já regulado pela Lei nº 12.527, de 18-11-2011, conforme consta expressamente do artigo 2º, parágrafo único, da Lei nº 13.460/2018;⁶ e o inciso III prevê o direito de representação, já regulado pela Lei nº 4.898, de 9-12-65 e recepcionado pela Constituição de 1988.

A Lei nº 13.460 é de âmbito nacional, pois abrange toda a Administração Pública, direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, como está expresso em seu artigo 1º, § 1º. A lei ainda se aplica subsidiariamente aos serviços públicos prestados por particular, como concessionários, permissionários, parceiros privados, entidades do terceiro setor, e toda a categoria de particulares que exercem atividades em colaboração com o poder público, como os tradutores e intérpretes públicos, os empregados de cartórios extrajudiciais, os jurados,

6. “Parágrafo único – O acesso do usuário a informações será regido pelos termos da Lei nº 12.527, de 18-11-2011”

os requisitados para trabalhar nas eleições, dentre outros. É o que determina o § 3º do artigo 1º.

O Regulamento (Decreto nº 9.492/2018) restringe o alcance do dispositivo legal, porque, no artigo 2º, determina que “*o disposto neste Decreto se aplica: I – aos órgãos da administração pública federal direta, autárquica e fundacional; II – às empresas estatais que recebam recursos do Tesouro Nacional para o custeio total ou parcial de despesas de pessoal ou para o custeio em geral; III – às empresas estatais que prestem serviços públicos, ainda que não recebam recursos do Tesouro Nacional para custeio total ou parcial de despesas de pessoal ou para o custeio em geral*”.

O Regulamento acerta quando limita o alcance de suas normas às empresas estatais que prestem serviços públicos, deixando de lado as que exercem atividades de natureza econômica próprias da iniciativa privada (as quais se sujeitam ao artigo 173, § 1º, II, da Constituição Federal, e, portanto, ao CDC). Mas erra quando faz referência a empresas estatais que recebam recursos da União; não é essa dependência que submete as empresas à Lei nº 13.460, mas o fato de prestarem serviços públicos.

O fato da lei ser de âmbito nacional não impede que cada ente federativo contemple direitos e deveres de usuários de serviços públicos, quando se trate de atividades que se insiram na competência de cada qual. E não revoga nem derroga dispositivos de outras leis que definem direitos dos usuários, como, por exemplo, a lei de concessões (Lei nº 8.987/95). Trata-se de aplicação da norma do artigo 2º, § 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), pela qual “*a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior*”.

Tal conclusão, além de resultar desse dispositivo da LINDB, está expressa no artigo 1º, § 2º, da Lei nº 13.460, pelo qual “*a aplicação desta Lei não afasta a necessidade de cumprimento do disposto: I – em normas regulamentadoras específicas, quando se tratar de serviço ou atividade sujeitos a regulação ou supervisão; e II – na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 [CDC]. quando caracterizada relação de consumo.*”

Ressalte-se que a aplicação do CDC tem que levar em consideração, não apenas a existência de relação de consumo, mas também as limitações referidas no item anterior, em que foi analisado o tema do “*usuário de serviço público perante o Código de Defesa do Consumidor*”.

A Lei nº 13.460 contém algumas definições, em seu artigo 2º, cabendo ressaltar o conceito de *usuário* (“*pessoa física ou jurídica que se beneficia ou utiliza, efetiva ou potencialmente, de serviço público*”), de *serviço público* (“*atividade administrativa ou de prestação direta ou indireta de bens ou serviços à população, exercida por órgão ou entidade da administração pública*”) e de *manifestações*

(“reclamações, denúncias, sugestões, elogios e demais pronunciamentos de usuários que tenham como objeto a prestação de serviços públicos e a conduta de agentes públicos na prestação e fiscalização de tais serviços”). O Regulamento baixado pelo Decreto nº 9.492/2018 vai além e define reclamação, denúncia, elogio, sugestão, solicitação de providências, certificação de identidade e decisão final (art. 3º).

A participação do usuário se dá: (i) pelo direito ao “acompanhamento da prestação e na avaliação dos serviços”, conforme previsto, entre os direitos básicos, no artigo 6º, inciso I; (ii) por meio das manifestações, definidas no artigo 2º, V, e disciplinadas no capítulo III da Lei; e (iii) por meio dos Conselhos de Usuários, previstos e disciplinados pelos artigos 18 a 22.

Embora o direito à informação esteja disciplinado pela Lei nº 12.527/2011, a Lei nº 13.460 contém algumas normas que têm por objetivo garantir o exercício desse direito no que diz respeito aos serviços públicos a cuja prestação tem direito:

a) o artigo 3º exige a publicação, com periodicidade anual, de “quadro geral dos serviços públicos prestados, que especificará os órgãos ou entidades responsáveis por sua realização e a autoridade administrativa a quem estão subordinados ou vinculados”. Tal exigência evita que o usuário de serviço público fique perdido quanto aos serviços disponíveis e aos órgãos competentes para a sua prestação;

b) o artigo 6º inclui entre os direitos básicos do usuário: o “acesso e obtenção de informações relativas à sua pessoa constantes de registros ou bancos de dados, observado o disposto no inciso X do caput do art. 5º da Constituição Federal e na Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011” (inciso III);⁷ a “proteção de suas informações pessoais, nos termos da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (inciso IV)”;⁸ “obtenção de informações precisas e de fácil acesso nos locais de prestação do serviço, assim como sua disponibilização na internet”, especialmente sobre os dados referidos no dispositivo (inciso VI), como horário de funcionamento, local onde os serviços são prestados etc);

c) o artigo 7º prevê a obrigatoriedade, para os órgãos e entidades abrangidos pela lei, de divulgarem a **Carta de Serviços ao Usuário**, que tem por objetivo “informar o usuário sobre os serviços prestados pelo órgão ou entidade, as formas de acesso a esses serviços e seus compromissos e padrões de qualidade

7. Faltou a referência ao artigo 5º, LXXII, da Constituição, que concede habeas data para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; e para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.

8. Com relação à proteção de informações pessoais, é importante lembrar a promulgação da Lei nº 13.709, de 14-8-2018, que protege os dados pessoais.

de atendimento ao público”; ela deve conter os dados referidos no § 2º do artigo 7º; trata-se de exigência que praticamente se confunde com a contida no já referido artigo 3º, que faz referência à divulgação de quadro geral dos serviços públicos prestados. A Carta de Serviços ao usuário deve ser atualizada periodicamente e ser divulgada mediante publicação em sítio eletrônico do órgão ou entidade na internet (§ 4º do art. 7º). Dentre outras informações, a Carta de Serviços ao Usuário deve detalhar os compromissos e padrões de qualidade do atendimento relativos, no mínimo, aos aspectos mencionados no § 3º do artigo 7º.

Nos termos do § 5º do artigo 7º, “*Regulamento específico de cada Poder e esfera de Governo disporá sobre a operacionalização da Carta de Serviços ao Usuário*”. Na esfera federal, esse regulamento consta do Decreto nº 9.094, de 17-7-2017, que dispõe sobre a simplificação do atendimento prestado aos usuários dos serviços públicos, ratifica a dispensa do reconhecimento de firma e da autenticação em documentos produzidos no País e institui a Carta de Serviços ao Usuário. Em consonância com o artigo 16 do Decreto, o servidor público ou o militar que descumprir o disposto neste Decreto estará sujeito às penalidades previstas, respectivamente, na Lei nº 8.112, de 11-12-1990, e na Lei nº 6.880, de 9-12-1980, que tratam, respectivamente, do regime estatutário dos servidores públicos civis (da União) e dos militares. O dispositivo também, prevê, no parágrafo único, que os usuários dos serviços públicos que tiverem os direitos garantidos pelo Decreto desrespeitados poderão representar ao Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, a quem cabe, juntamente com os órgãos de controle interno do Poder Executivo federal, a responsabilidade pelas providências para responsabilização dos servidores públicos e dos militares que praticarem atos em desacordo com suas disposições (art. 17 o Regulamento).

Além da definição dos *direitos dos usuários* (arts. 5º e 6º), a Lei nº 13.460 aponta os *deveres dos usuários*, no artigo 8º.

Com relação às *manifestações*, foram definidas no artigo 2º, inciso V, de forma bem ampla, de modo a abranger todos os pronunciamentos de usuários que tenham como objeto a prestação de serviços públicos e a conduta de agentes públicos na prestação e fiscalização de tais serviços. Constituem instrumento de *participação* do usuário no acompanhamento e avaliação dos serviços públicos. Abrange reclamações, denúncias, sugestões, elogios, dentre outros tipos de pronunciamento. No que diz respeito às denúncias, praticamente confundem-se com o direito de representação, que tem fundamento no artigo 5º, inciso XXXIV, “a”, da Constituição, que garante “*o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra*

ilegalidade ou abuso de poder”, disciplinado, em parte, pela Lei nº 4.898/65; e também tem fundamento no artigo 37, § 3º, inciso III, da Constituição.

Tais manifestações devem ser dirigidas à ouvidoria (com as competências previstas no artigo 13)⁹ ou, no caso de sua inexistência, ao órgão ou entidade responsável (art. 10). Já foi realçado que as representações feitas com base no Decreto nº 9.094/2017, devem ser dirigidas ao Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. O recebimento das manifestações pelo poder público é obrigatório, como também obrigatória é a resposta às mesmas (art. 14, inciso I) e o encaminhamento da decisão administrativa final ao usuário, no prazo de 30 dias, prorrogável de forma justificada, uma única vez, por igual período (art. 16)

Com relação aos *Conselhos de Usuários*, o artigo 18 deixa claro que constituem instrumento de participação dos usuários no acompanhamento da prestação e avaliação dos serviços públicos, sem prejuízo de outras formas previstas em lei. Suas atribuições são previstas no parágrafo único do mesmo dispositivo, abrangendo, sinteticamente, os poderes de acompanhar, fiscalizar, participar da avaliação e propor melhorias na prestação dos serviços.

A composição dos conselhos deve observar os critérios de representatividade e pluralidade das partes interessadas, com vistas ao equilíbrio em sua representação (art. 19), devendo a escolha dos representantes ser feita em processo aberto ao público e diferenciado por tipo de usuário a ser representado (parágrafo único). O conselho pode ser consultado quanto à indicação do ouvidor. A participação do usuário no conselho será considerada serviço relevante (art. 21) e sem remuneração. A organização e funcionamento do conselho deve ser objeto de regulamento específico de cada Poder e esfera de governo (art. 22).

A Lei nº 13.460 ainda contém normas sobre *avaliação continuada dos serviços públicos*, quanto aos aspectos referidos no artigo 23, a ser realizada por pesquisa de satisfação feita, no mínimo, a cada ano, ou por qualquer outro meio que garanta significância estatística aos resultados. Tais resultados devem ser publicados no sítio do órgão ou entidade, incluindo o *ranking* das entidades com maior incidência de reclamação dos usuários no ano, e serve de subsídio para reorientar e ajustar os serviços prestados, em especial

9. O Decreto nº 9.492/2018 instituiu o Sistema de Ouvidoria do Poder Executivo Federal, do qual fazem parte, como órgão central, o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, por meio da Ouvidoria-Geral da União; e como unidades setoriais, as ouvidorias dos órgãos e das entidades da administração pública federal abrangidos pelo Decreto e, na inexistência destas, as unidades diretamente responsáveis pelas atividades de ouvidoria.

quanto ao cumprimento dos compromissos e dos padrões de qualidade de atendimento divulgados na Carta de Serviços ao Usuário (art. 23, § 2º).

A Lei nº 13.460/2017 não prevê as sanções cabíveis em caso de descumprimento de suas normas, diferenciando-se do CDC, que especifica as penalidades aplicáveis. No entanto, há que se entender que, se o descumprimento for atribuído a servidor público, as sanções cabíveis são as previstas no respectivo regime estatutário, sem prejuízo de outras leis que definam infrações e sanções imputáveis a agentes públicos, como a lei de improbidade administrativa. O mesmo se diga com relação aos militares, que estão sujeitos a legislação específica no que diz respeito ao regime jurídico a que se submetem, inclusive no que diz respeito às infrações e penalidades cabíveis. No caso do descumprimento, por particulares, das normas da lei de defesa dos usuários dos serviços públicos, as sanções são as previstas na legislação em que se baseou a outorga ou a delegação do serviço público.

Outra diferença entre o CDC e a Lei nº 13.460 diz respeito aos serviços públicos abrangidos pelas duas leis: o CDC só abrange os serviços públicos comerciais e industriais do Estado, prestados mediante remuneração, enquanto a Lei nº 13.460 abrange todos os serviços públicos, comerciais, industriais, sociais e mesmo os administrativos, sejam eles prestados pela Administração direta ou indireta de qualquer dos Poderes de todas as esferas do governo, sejam eles executados por particulares, a qualquer título.

CAPÍTULO 33

É POSSÍVEL SUPERAR O CLIENTELISMO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DO BRASIL? ARGUMENTOS JURÍDICOS E SUGESTÕES PARA LIMITAR A CRIAÇÃO E O PROVIMENTO ABUSIVO DE CARGOS PÚBLICOS EM COMISSÃO NOS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

PAULO MODESTO

Professor de Direito Administrativo da Universidade Federal da Bahia. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Público. Presidente do Instituto de Direito Administrativo da Bahia. Membro do Ministério Público da Bahia, da Academia de Letras Jurídicas da Bahia e do Conselho Científico da Cátedra de Cultura Jurídica da Universidade de Girona (Espanha). Diretor da Revista Brasileira de Direito Público. Conselheiro Técnico da Sociedade Brasileira de Direito Público. Membro do Conselho de Pesquisadores do Instituto Internacional de Estudos de Direito do Estado. Doutorando em Direito Público pela Universidade de Coimbra. Ex-Assessor Especial do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado do Brasil. Editor do site www.direitodoestado.com.br

1 A CONSTITUIÇÃO DE 1988, O PRINCÍPIO REPUBLICANO E O CLIENTELISMO ADMINISTRATIVO: BREVE PANORAMA DE SITUAÇÕES TÍPICAS

“Aun cuando hoy no es posible sostener que sobre los cargos públicos pueda existir un derecho de propiedad,

o cualquier otro de estricto contenido patrimonial, fuera del plano de las normas ha permanecido en algunas conciencias una consideración de tal género. Para ser más preciso, pervive en la actualidad el sentimiento de que el cargo público ocupado, o de susceptible ocupación, es por encirna de todo una cuestión afectante a interés de signo individual, dejando de lado la primordial premisa por la que el cargo público se erige como una función servicial en interés de la organización y, sobre todo, en interés de la comunidad. Cambian los tempos, varían las normas, se transforman los Estados, pero subsisten a veces viejas concepciones larvadas en lo más profundo que determinan la conducta de los individuos al margen de la pura formalidad jurídica.” (IÑIGO MARTINEZ DE PISON APARICIO)

O princípio republicano (CRFB, art. 1º) veda a *criação abusiva de cargos administrativos em comissão* e o *provimento desses cargos sem finalidade pública subjacente*. A República convoca a *igualdade*, traduzida como sujeição equitativa de todos a direitos e obrigações e ausência de discriminação (CRFB, art. 3º, III, art. 5º, caput), e a *moralidade, a publicidade, a legalidade, a impessoalidade e a eficiência*, como exigências ético-jurídicas incidentes sobre as mais variadas dimensões de atuação do Estado e não apenas sobre a Administração Pública (CRFB, art. 37, caput). Esses subprincípios impõem *parâmetros de legitimidade constitucional* para atuação de todos os Poderes e órgão do Estado, sem distinção, e compõem fragmento de nossa *identidade constitucional*.¹

A opção pela República – ao menos como *princípio constitucional identitário* – importa a recusa de validade a decisões e normas jurídicas que promovam *confusão entre o interesse público e o interesse privado do governante*, inspiradas em clientelismo ou fisiologismo², formas simbióticas de

1. Na Constituição de 1988, a “forma republicana”, além de síntese identitária do próprio Estado (Art. 1º, caput), é destacada como “princípio constitucional sensível”, sendo expressamente elencada entre os princípios cujo desatamento grave autorizam a intervenção federal nos Estados e no Distrito Federal (Art. 34, VII, a). Sobre o conceito de identidade constitucional, sinal distintivo que um “povo” se auto-outorga e se auto-impõe, v. TAVARES DA SILVA, Suzana. Direitos Fundamentais na Arena Global, 2ª. Ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, p. 16-18. Em face da economia do texto, inviável abordar os desdobramentos normativos do princípio republicano de forma abrangente, mas parece fora de dúvida, entre as dimensões densificadoras, as regras e princípios sobre (a) soberania popular, expressa diretamente ou por representantes eleitos pelo voto direto, secreto, universal e periódico (Art. 1, § único c/c Art. 34 e 60, §4, II); (b) temporalidade dos mandatos eletivos (Art. 27, §1º; 28; 29, I e II; e 82); (c) a responsabilidade dos titulares de cargos políticos (Art. Art. 29-A, §2 e 3º; 50; 55, 85; 100, §7º; (d) equitativa acessibilidade aos cargos públicos (Art. 37, I); (e) a prestação de contas e responsabilidade pelo uso dos bens e das prerrogativas públicas (Art. 31; 34, VII, d; 35; 37, § 4º; c/c Art. 70, 71, 74 e 75); (e) a igualdade, impessoalidade, legalidade, moralidade, eficiência, motivação e razoabilidade nas funções públicas (Art.5º, II, XXXIII, LIII, LV, LX, 37, caput; 93, IX e X).

2. Clientelismo será empregado no texto em sentido restritíssimo de orientação política

apropriação do Estado em benefício do próprio detentor do cargo político ou de seus apoiadores.

Desde a sua origem romana, em CÍCERO, República é conceito que traduz *governo da utilidade pública consentida pelo povo*, submetido à responsabilidade pela gestão da coisa pública, pois, nas palavras de CÍCERO, “como na tutela, a república deve ser gerida tendo em mira a utilidade dos administrados e não dos administradores”³

de expansão do prestígio pessoal de agentes públicos e ampliação de seu apoio político e votos através da oferta de cargos, empregos e funções públicas, ora como simples estratégia populista, ora implementada para estabelecer laços de fidelidade, dependência e reciprocidade do agente nomeado diretamente para com a autoridade nomeante, tendo em mira a satisfação de interesses privados, partidários, familiares ou de grupos restritos. O clientelismo moderno e urbano é fenômeno muito mais abrangente: encerra múltiplas formas de distribuição personalizada de bens, contratos, serviços e outras vantagens em troca de fidelidade, apoio político, dependência e correspondência entre autoridade e beneficiado ou seus apoiadores. O clientelismo em geral tem como premissa uma aguda desigualdade de poder entre agentes e uma situação de escassez, vulnerabilidade a partir da qual a autoridade (patrono) exerce o poder de desequipar iguais com vistas à cooptação e dominação do beneficiário (cliente), constituindo contrato tácito de servidão pessoal ou dependência com proveito político. No clientelismo o que se almeja é a fidelidade interpessoal ou a grupos restritos, assentada ao mesmo tempo em favoritismo e submissão. Pelo emprego restrito no texto do conceito de clientelismo, sem desenvolvimento de suas variadas dimensões, utiliza-se adiante a voz clientelismo e fisiologismo de forma indistinta. Sobre clientelismo político, às vezes referido como “caciquismo” ou simplesmente “patronato”, abundante literatura nacional e internacional pode ser consultada. Cf., entre outros, GONZÁLEZ ALCANTUD, José. El clientelismo político: perspectiva socioantropológica. Barcelona, Anthropos Editorial, 1997; EISENSTADT, S. N.; RONIGER, L. Patrons, clients, and friends: interpersonal relations and the structure of trust in society. Cambridge: Cambridge University Press, 1984; FAORO, Raymundo. Os Donos do Poder. Formação do Patronato Político Brasileiro. São Paulo: Globo, 1998; GRAHAM, Richard. Clientelismo e Política no Brasil no Século XIX. Rio de Janeiro: UFRJ, 1997; HOLANDA, Sérgio Buarque de. Raízes do Brasil (ed. Comemorativa dos 70 anos). São Paulo: Companhia das Letras, 2006; NUNES, Edson. A Gramática Política do Brasil – Clientelismo e Insulamento Burocrático. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2ª ed, 1999; CARDOZO, José Eduardo. A Máfia das Propinas: investigando a corrupção em São Paulo. São Paulo: Ed. Fundação Percecu Abramo, 2000; AVELINO FILHO, George. “Clientelismo e Política no Brasil: revisitando velhos problemas”. In: Novos Estudos CEBRAP, n. 38, março, 1994, pp. 225–240; SCHRÖTER, Barbara. Clientelismo político: ¿existe el fantasma y cómo se viste? In: Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Sociales. México, D. F: Revista Mexicana de Sociología 72, núm 1 (enero-marzo, 2010), pp.141-175. Ver também MODESTO, Paulo. Nepotismo em cargos político-administrativos, In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. Direito e administração pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro. São Paulo : Atlas, 2013, p. 260-298.

3. CICERO, Marco Túlio. Dos Deveres. Trad. Angélica Chiapeta. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 43. Dos Deveres (De Officiis) foi a última obra filosófica relevante de CICERO, ensaio dirigido aos jovens romanos disfarçado de mensagem pessoal a seu filho. Porém, ensaio completo, ao contrário do Tratado da República (De re publica), livro anterior ao De Officiis, que nunca foi integralmente recuperado. Cf. CICERO, Marco Túlio. Obras Escogidas. Buenos Aires: Livraria “El Ateneo” Editorial, 1951, pp.569-712. No entanto, é famosa a definição de re publica formulada por CÍCERO em De re publica: “coisa do povo, considerada como tal, não de todos os homens de qualquer modo congregados, mas a reunião que tem seu fundamento no consentimento jurídico e na utilidade comum” (De República, 1,25). No mundo clássico,

Embora república seja *conceito plurívoco e evolutivo*, que na história ora denotou “qualquer forma de governo possuindo caráter público conhecido por todos os seus cidadãos, aplicável a monarquias e até impérios”⁴, ora forma de governo oposta à monarquia (e, por isso, governo eleito, limitado, democrático e responsável perante o povo), ora apenas governo sob escrutínio do público e dirigido ao interesse público, em qualquer semântica a *res publica* opõe-se ao personalismo e ao patrimonialismo na gestão de cargos públicos.⁵

os principais adversários da república eram a tirania e a corrupção (v. CATROGA, Fernando. Ensaio Republicano. Lisboa, Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2011, p. 43 e segs).

4. POCOCK, J. G.A. Cidadania, Historiografia e Res Publica: contextos do pensamento político. Coimbra: Almedina, 2013, p. 285. Resumida e proveitosa historiografia do conceito de República no Brasil pode ser conferida no verbete “República/Republicanos”, escrito por HELOISA MARIA MURGEL STARLING e CHRISTIAN EDWARD CYRIL LYNCH (cf. FERRES JÚNIOR, João (org). Léxico da História dos Conceitos Políticos do Brasil. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009, p. 225-242.
5. Como é notório, a inspiração direta dos nossos primeiros constituintes republicanos foi o célebre conceito de JAMES MADISON, presente no *The Federalist*, n. 39, segundo o qual: “governo republicano é aquele em que todos os poderes procedem direta ou indiretamente do povo e cujos administradores não gozam senão de poder temporário, a arbítrio do povo ou enquanto bem se portarem” (Federalistas, textos selecionados por Francisco Weffort. São Paulo: Abril, 1973, p. 124). Muito próxima da referida conceituação é a clássica definição de GERALDO ATALIBA: “República é o regime político em que os exercentes de funções políticas (executivas e legislativas) representam o povo e decidem em seu nome, fazendo-o com responsabilidade, eletividade e mediante mandatos renováveis periodicamente” (República e Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. IX). MARIA LUCIA AMARAL acentua o aspecto teleológico ao afirmar, em termos resumidos, que “Portugal é uma República porque é uma res publica, ou um ser coletivo autogovernado e autodeterminado, onde domínio político se exerce não para o bem de alguns mas para o bem de todos” (A Forma da República. Coimbra: Almedina, 2012, p. 127. Confirma-se também LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo, Reflexões em Torno do Princípio Republicano, In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 100, jan/dez 2005, p. 189-200; ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *República e federação no Brasil*: traços constitucionais da organização política brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 1997; PILATTI, Adriano. O Princípio Republicano na Constituição de 1988, In: PEIXINHO, Manoel; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (org). Os Princípios da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, pp. 129-135. Merece registro, ainda, a proposta de LUIZ CARLOS BRESSER PÉREIRA (Construindo o Estado Republicano: democracia e reforma da gestão pública. Trad. Maria Cristina Godoy. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009, p. 127 e seg) de identificar, entre os direitos fundamentais, a categoria que denomina “direitos republicanos” (direito dos cidadãos de demandarem a invalidação de atos ou normas que constituam esbulho da coisa pública, inclusive através de renúncias fiscais e outras infrações típicas do rent-seeking). PETER HÁBERLE, por fim, em anotação interessante, recorda que a concepção material de república (oposta à concepção negativa de república como simples não-monarquia) superou uma prova na Europa: “Pablo Picasso dispuso por testamento que su cuadro ‘Guernica’ podría ser trasladado a España solamente hasta que se introdujera ahí la ‘República’. Sin embargo, los albaceas y herederos de Picasso interpretaron correctamente la fórmula ‘cuando prevalezcan nuevamente condiciones de democracia y libertad’ em el sentido que tal también podría ocurrir en una monarquía parlamentaria, como es la España actual” (El Estado Constitucional, Trad. Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, 2003, p. 37).

Se isso é certo, a ponto de caracterizar hoje elemento inerente ao próprio conceito de República, é certo também que, paradoxalmente, durante os trinta anos de vigência da Constituição Republicana de 1988 algumas de suas normas foram invocadas e manejadas para perpetuar práticas e costumes clientelistas, fisiologistas e patrimonialistas no âmbito da Administração Pública brasileira. Podemos louvar os 30 anos da Constituição de 1988, mas seria ingênuo e pouco útil recusar a realidade desse fato histórico.

No âmbito de criação e provimento de cargos públicos, para compreender com referenciais positivos o que vem de ser dito, destacam-se os Artigos 37, II e V, da Constituição de 1988.

Esses dispositivos, na redação original da Constituição de 1988, enunciavam:

“Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:

.....

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, *ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração*;

.....

V - os cargos em comissão e as funções de confiança serão exercidos, *preferencialmente*, por servidores ocupantes de cargo de carreira técnica ou profissional, *nos casos e condições previstos em lei*.

Fatta la legge, trovato l'inganno: feita a lei, descoberta a trapaça, ensinam os italianos. Embora a Constituição de 1988 tenha representado avanço em relação ao direito constitucional precedente, ao erigir o concurso público como forma de acesso aos cargos efetivos de forma ampla e afirmado o caráter técnico especial da atividade pública exercida em cargos de provimento em comissão e funções de confiança, com imposição de lei específica prévia para a criação de cargos e funções dessa natureza, logo após a promulgação do texto constitucional multiplicaram-se leis nas várias unidades da federação criando cargos de livre provimento e livre exoneração para o desempenho de uma infinidade de atividades administrativas, atividades técnico-operacionais ou finalísticas, de nível médio ou nível superior, ao contrário das leis destinadas a detalhar casos e condições de restrição ao provimento unilateral discricionário, quase nunca editadas.

Segundo o entendimento comum, a ressalva ao concurso público, constante do *Art. 37, II*, da Constituição, não estabelecida um *limite quantitativo preciso para a criação de cargos em comissão*. Logo, a criação de cargos em comissão foi percebida como uma faculdade política dirigida ao legislador para, por deliberação exclusiva, criar quantos cargos de provimento em comissão entendesse necessário, a excepcionar a exigência de concurso público com autorização constitucional expressa. Houve caso em que em uma única lei foram criados 28.098 (você leu corretamente: vinte e oito mil e noventa e oito) cargos de provimento em comissão.⁶

De outra parte, a exigência constante do *Art. 37, V*, da Constituição, foi interpretada como uma restrição fraca, preferencial, em favor do preenchimento dos cargos em comissão e das funções de confiança por servidores efetivos de carreira técnica ou profissional, e ainda assim dirigida ao legislador, a quem caberia definir em “quais casos e condições” a preferência seria exercida. A fragilidade da norma à luz do saber comum era dupla: a norma originária não explicitava *qual a natureza técnica das atribuições exigíveis e não assinalava qual o quantitativo mínimo de recrutamento interno* (de *insiders*), ou de servidores efetivos de carreira, seria exigível, abrindo margem a amplo recrutamento externo (de *outsiders*), isto é, de agentes sem vínculo efetivo com o serviço público.⁷

Na dinâmica da administração pública brasileira as infrações clientelistas foram muito variadas ao longo desses trinta anos da Constituição de 1988, pois somava-se a essa abrangente interpretação das exceções ao concurso público previstas na redação originária dos incisos II e V do Art. 37 da lei fundamental, e em absoluto contraste com o *ethos republicano*, comportamentos francamente inconstitucionais, tanto na criação e investidura de agentes em cargos efetivos quanto em cargos de provimento em comissão, ainda hoje com trânsito pelos tribunais:

(1) Nomeação de agentes públicos sem preexistência de cargos, isto é, nomeação de agentes para cargos inexistentes;⁸

-
6. Cf. A Lei ° 1124, de 01 de fevereiro de 2000, que revogou Leis ns. 2.142/2009 e 2.145/2009, todas do Estado de Tocantins. Essas normas objeto de sucessivas ADIns: 3232, 3983, 3990 e 4125. A ADI 4125, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, foi julgada em 10/06/2010, DJe-030 DIVULG 14-02-2011 PUBLIC 15-02-2011 EMENT VOL-02464-01 PP-00068.
7. “Cargos em comissão a serem preenchidos por servidores efetivos. A norma inscrita no art. 37, V, da Carta da República é de eficácia contida, pendente de regulamentação por lei ordinária”. (STF, RMS 24.287, rel. min. Maurício Corrêa, j. 26-11-2002, 2ª T, DJ de 1º-8-2003)
8. “(...) Administrativo. Servidor público. Substituição. Cargo inexistente. Anulação de ato administrativo. Desvio de função. Direito ao recebimento da remuneração pelo período trabalhado em desvio de função. Precedentes. (...) (STF, RE 499898 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 26/06/2012, DJe-160 divulg 14-08-2012

- (2) Nomeação de agentes públicos por atos secretos;⁹
- (3) Nomeação de agentes temporários para funções permanentes;¹⁰
- (4) Criação de cargos públicos em comissão por decreto;¹¹

public 15-08-2012).

9. Do rico exemplário, registro apenas dois casos bem documentados: Senado usa mais de mil atos secretos para criar cargos e aumentar benefícios (Fonte Uol): <https://noticias.uol.com.br/Noticias/secretas-da-Assembleia-Legislativa-do-Rio-Grande-do-Norte-aguardam-desfecho-no-STJ-21-de-maio-de-2012>, Fonte: nominuto.com) - <http://nominuto.com/noticias/politica/nomeacoes-secretas-da-alrn-aguardam-desfecho-no-stj/85061/>. Alguns desses casos ainda ocupam as prateleiras dos tribunais: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO. PROVIMENTO DE CARGOS SEM CONCURSO PÚBLICO. ASSEMBLEIA LEGISLATIVA. (...) 1. O Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que não há prerrogativa institucional a ser tutelada, capaz de legitimar o ingresso da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Norte, como assistente simples, nas ações civis públicas em que o Ministério Público potiguar vem questionando a validade de atos de provimento de cargos efetivos naquela mesma Casa de Leis, à margem de concurso público. Precedentes: AgRg na PET no REsp 1389967/RN, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, DJe 12/05/2016 e AgRg no RMS 37.445/RN, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe 05/08/2015. 2. Agravo interno a que se nega provimento. (STJ, AgInt na PET nos EREsp 1312949/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Primeira Seção, julgado em 14/09/2016, DJe 21/09/2016).
10. EMENTA: (...) CARGOS TÍPICOS DE CARREIRA. INCONSTITUCIONALIDADE. PREENCHIMENTO MEDIANTE CONCURSO PÚBLICO (CF, ARTIGO 37, II). 1. As modificações introduzidas no artigo 37 da Constituição Federal pela EC 19/98 mantiveram inalterada a redação do inciso IX, que cuida de contratação de pessoal por tempo determinado na Administração Pública. Inconstitucionalidade formal inexistente. (...) 2. A regulamentação, contudo, não pode autorizar contratação por tempo determinado, de forma genérica e abrangente de servidores, sem o devido concurso público (CF, artigo 37, II), para cargos típicos de carreira, tais como aqueles relativos à área jurídica. Medida cautelar deferida até julgamento final da ação. (ADI 2125 MC, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 06/04/2000, DJ 29-09-2000 PP-00069 EMENT VOL-02006-01 PP-00051). No plano estadual, cito: EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Impugnação aos arts. 2º, I, II, III, VI, VII, VIII, IX, X, XI, XII; 3º, § 1º; 5º; e 8º da Lei nº 920 de 23 de Fevereiro de 2011 do Município de Morro do Chapéu. Violação ao Art. 37, IX, da Constituição da República. Norma de Reprodução Obrigatória Pelo Poder Constituinte Derivado Decorrente. Previsão Legal de Contratação de Servidores para Funções Ordinárias de Administração. Ausência de Caráter Temporário e Excepcional. Desrespeito Aos Requisitos do Instituto da Contratação por Tempo Determinado para Atender a Necessidade Temporária de Excepcional Interesse Público. Procedência Parcial da Ação, Declarando-se a Inconstitucionalidade dos Arts. 2º, Incisos I, II, III, VI, VII, VIII, IX, X, XI, XII; 3º, § 1º; 5º; I; e 8º, da Lei Nº 920/2011 do Município de Morro do Chapéu. Modulação dos Efeitos da Decisão para Ter Eficácia Ex Nunc. (TJBA, ADI 0005257-35.2016.8.05.0000, Rel. Des. JULIO CEZAR LEMOS TRAVESSA, Tribunal Pleno, Publicado em: 08/11/2017). Ver, também, TJ-BA, ADI 0021971-75.2013.8.05.0000, Rel. Des. LUIZ FERNANDO LIMA, Tribunal Pleno, publicado em 09/07/2016; TJ-BA, ADI 0316698-76.2012.8.05.0000, Rel. Des. SILVIA CARNEIRO SANTOS ZARIF, Tribunal Pleno, publicado em 18/02/2014; TJ-BA ADI 0005085-69.2011.8.05.0000, Rel. Des. JEFFERSON ALVES DE ASSIS, Tribunal Pleno, Publicado em: 22/05/2014.
11. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO DISTRITAL Nº32.418, de 08/11/2010. REESTRUTURAÇÃO NO ÂMBITO DA SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE DO DISTRITO FEDERAL, COM A CRIAÇÃO DE DIVERSOS CARGOS EM COMISSÃO.

- (5) Criação de cargos públicos em comissão por lei, porém sem identificação das atribuições do cargo ou com delegação para a fixação de atribuições por decreto;¹²

VÍCIO FORMAL. OFENSA À LEI ORGÂNICA DO DISTRITO FEDERAL E AOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. (...). 2. O Governador do Distrito Federal, ao editar o Decreto nº 32.418/10, diversamente do alegado, não teve por objetivo a regulamentação da Lei Distrital nº 2.299/99, porquanto as normas apontadas cuidam de matérias diversas. Logo, a norma impugnada tem natureza jurídica de decreto autônomo, passível, pois, de controle abstrato de constitucionalidade. 3. Partindo-se da premissa de que o decreto impugnado não cuidou da regulamentação da Lei Distrital nº 2.299/99 e que a Administração Pública está regida pelo princípio da legalidade administrativa (artigo 37, caput, da CF/88), segundo o qual o administrador somente pode atuar quando prévia, expressa e inequivocamente autorizado por lei em sentido estrito e formal, evidencia-se que o Governador do Distrito Federal invadiu a esfera de competência da Câmara Legislativa Distrital, uma vez que, nos termos do artigo 58 da LODF, inciso VII, cabe àquele órgão dispor sobre a criação, estruturação e atribuições de Secretarias do Governo do Distrito Federal. 4. Ao Governador, compete privativamente a iniciativa da lei que disponha sobre “a criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta, autárquica e fundacional, ou aumentos de suas despesas”, além da “criação, estruturação, desmembramento, extinção, incorporação, fusão e atribuições de Secretarias de Governo”, conforme regramento estampado no artigo 71 da LODF. Logo, o Chefe do Poder Executivo local deveria apenas ter submetido à Câmara Legislativa projeto de lei de sua autoria, consubstanciando as alterações que pretendia imprimir na Secretaria de Estado de Saúde, e não elaborar o ato normativo inquinado. 5. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida e julgada procedente. (TJDF, Acórdão n. 842488, 2014002128463ADI, Relator: CRUZ MACEDO, Conselho Especial, Julgamento 02/12/2014, DJE: 20/01/2015. Pág 165). No plano estadual, colhe-se como exemplo: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. SUSPENSÃO DE EFICÁCIA DE DISPOSITIVOS DE LEI ESTADUAL E DE DECRETO ESTADUAL. (...) 4. Quanto ao mérito, nos termos do art. 70, VI, c/c o art. 77, II, da Carta Estadual, é de iniciativa restrita do Chefe do Poder Executivo do Estado da Bahia, submetida à aprovação da Assembleia Legislativa, a criação de cargos, empregos e funções públicas. 5. Não pode a Administração editar norma criando cargos públicos e autorizar a contratação temporária e precária de indivíduos para ocupação de funções sem a edição do diploma legal apropriado. 6. Nesta hipótese, deve ser julgada procedente a demanda declaratória, para pronunciar a inconstitucionalidade, em caráter *ex tunc*, dos incisos I, II e III do art. 28 da Lei Estadual nº 6.459 de 1993 e dos arts. 16 a 23, bem assim o respectivo Anexo Único, do Decreto Estadual nº 2.156 de 1993. 7. Ação declaratória de inconstitucionalidade julgada procedente. (TJ/BA, Pleno, ADIN 0013209-75.2010. Rel. Des. CLÉSIO RÔMULO CARRILHO ROSA. DJ 05.09.2012).

12. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Condição. Objeto. Decreto que cria cargos públicos remunerados e estabelece as respectivas denominações, competências e remunerações. Execução de lei inconstitucional. Caráter residual de decreto autônomo. Possibilidade jurídica do pedido. Precedentes. É admissível controle concentrado de constitucionalidade de decreto que, dando execução a lei inconstitucional, crie cargos públicos remunerados e estabeleça as respectivas denominações, competências, atribuições e remunerações. 2. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Art. 5º da Lei nº 1.124/2000, do Estado do Tocantins. Administração pública. Criação de cargos e funções. Fixação de atribuições e remuneração dos servidores. Efeitos jurídicos delegados a decretos do Chefe do Executivo. Aumento de despesas. Inadmissibilidade. Necessidade de lei em sentido formal, de iniciativa privativa daquele. Ofensa aos arts. 61, § 1º, inc. II, “a”, e 84, inc. VI, “a”, da CF. Precedentes. Ações julgadas procedentes. São inconstitucionais a lei que autorize o Chefe do Poder Executivo a dispor, mediante decreto, sobre criação de cargos públicos remunerados, bem como os decretos que lhe dêem execução. (STF, ADI 3232, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 14/08/2008, DJe-187 DIVULG 02-10-2008 PUBLIC 03-10-2008 EMENT VOL-02335-01 PP-00044 RTJ VOL-00206-03 PP-00983)

(5) Criação de cargos públicos em comissão por lei, com indicação de atribuições, porém para exercício de funções permanentes, operacionais, sem especial exigência de fidedignidade face à autoridade superior;¹³

(6) Criação de cargos públicos em comissão, com indicação de atribuições compatíveis, porém em número desproporcional ou manifestamente excedente ao de cargos efetivos;¹⁴

(7) Provimento derivado de cargos públicos efetivos, por diferentes formas, inclusive através da extinção de cargo para aproveitamento posterior dos seus ocupantes em cargo diverso;¹⁵

-
13. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário. Constitucional. Criação de Cargos em Comissão de Atribuições Técnicas e Burocráticas: Impossibilidade. Natureza dos Cargos e Modulação dos Efeitos da Decisão Proferida Pelo Tribunal de Origem: Súmulas ns. 279 e 280 do Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental ao qual se nega provimento. (STF - RE: 658643 SP, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 02/12/2014, Segunda Turma, DJe-244 DIVULG 11-12-2014 PUBLIC 12-12-2014)
14. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. (...) CRIAÇÃO DE MILHARES DE CARGOS EM COMISSÃO. DESCUMPRIMENTO DOS ARTS. 37, INC. II E V, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. (...) 3. O número de cargos efetivos (providos e vagos) existentes nos quadros do Poder Executivo tocantinense e o de cargos de provimento em comissão criados pela Lei n. 1.950/2008 evidencia a inobservância do princípio da proporcionalidade. 4. A obrigatoriedade de concurso público, com as exceções constitucionais, é instrumento de efetivação dos princípios da igualdade, da impessoalidade e da moralidade administrativa, garantidores do acesso aos cargos públicos aos cidadãos. A não submissão ao concurso público fez-se regra no Estado do Tocantins: afronta ao art. 37, inc. II, da Constituição da República. Precedentes. 5. A criação de 28.177 cargos, sendo 79 de natureza especial e 28.098 em comissão, não tem respaldo no princípio da moralidade administrativa, pressuposto de legitimação e validade constitucional dos atos estatais. 6. A criação de cargos em comissão para o exercício de atribuições técnicas e operacionais, que dispensam a confiança pessoal da autoridade pública no servidor nomeado, contraria o art. 37, inc. V, da Constituição da República. Precedentes. 7. A delegação de poderes ao Governador para, mediante decreto, dispor sobre “as competências, as atribuições, as denominações das unidades setoriais e as especificações dos cargos, bem como a organização e reorganização administrativa do Estado”, é inconstitucional porque permite, em última análise, sejam criados novos cargos sem a aprovação de lei. 8. Ação julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade do art. 5º, caput, e parágrafo único; art. 6º; das Tabelas II e III do Anexo II e das Tabelas I, II e III do Anexo III; e das expressões “atribuições”, “denominações” e “especificações” de cargos contidas no art. 8º da Lei n. 1.950/2008. 9. Definição do prazo máximo de 12 (doze) meses, contados da data de julgamento da presente ação direta de inconstitucionalidade, para que o Estado faça a substituição de todos os servidores nomeados ou designados para ocupação dos cargos criados na forma da Lei tocantinense n. 1.950. (STF, ADI 4125, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 10/06/2010, DJe-030 DIVULG 14-02-2011 PUBLIC 15-02-2011)
15. (...) 1. Aproveitamento dos titulares de cargos extintos - Fiscal de Tributos Estaduais, Fiscal de Mercadorias em Trânsito, Exator e Escrivão de Exatoria - em classes de nova carreira - Auditor Fiscal da Receita Estadual I, II, III e IV - cujas atribuições não coincidem com as anteriores. Forma de provimento derivado - ascensão funcional - banida do ordenamento jurídico pela Constituição Federal de 1988 (artigo 37, II). 2. O aproveitamento a que se refere o § 3º do artigo 41 da Carta Federal supõe cargos disponíveis com atribuições coincidentes com as dos

(8) Não realização de concursos em empresas estatais para empregos públicos;¹⁶

(9) Nomeação de agente público com previsão de concurso público *a posteriori*;¹⁷

(10) Não realização de concursos públicos para provimento de serviços notariais e de registro, vagas ou para fins de remoção;¹⁸

(11) Contratação de terceirizados para atribuições próprias de servidor de cargo efetivo para o qual há concurso vigente¹⁹

(12) Contratação de servidores por ajustes precários nos ex-territórios no período de implantação dos novos

cargos extintos. 3. Os titulares dos cargos extintos de nível médio não estão habilitados a ser aproveitados em cargos de nível superior. Precedente: ADI 1.030, CARLOS VELLOSO (DJ DE 13.12.96). 4. Comprometimento das violações aos artigos 37, II, e 41, § 3º, da Constituição Federal, com a totalidade da lei (Cfr. RP 1.379, Rel. Min. MOREIRA ALVES, DJ de 11.09.87). Deferida a medida liminar. Suspensão, com efeito ex tunc, da vigência da Lei Complementar nº 189, de 17 de janeiro de 2000, do Estado de Santa Catarina, até o julgamento final da ação. (STF, ADI 2335 MC, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 19/12/2000, DJ 31-08-2001 PP-00035)

16. “Pela vigente ordem constitucional, em regra, o acesso aos empregos públicos opera-se mediante concurso público, que pode não ser de igual conteúdo, mas há de ser público. As autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista estão sujeitas à regra, que envolve a administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Sociedade de economia mista destinada a explorar atividade econômica está igualmente sujeita a esse princípio, que não colide com o expresso no art. 173, § 1º. (STF, MS 21.322, rel. min. PAULO BROSSARD, j. 3-12-1992, P, DJ de 23-4-1993.)
17. “O sistema de direito constitucional positivo vigente no Brasil revela-se incompatível com quaisquer prescrições normativas que, estabelecendo a inversão da fórmula proclamada pelo art. 37, II, da Carta Federal, consagrem a esdrúxula figura do concurso público a posteriori. (STF, ADI 1.203 MC, rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 16-2-1995, P, DJ de 19-2-1995.)
18. “Serventias judiciais e extrajudiciais. Concurso público: arts. 37, II, e 236, § 3º, da CF. Ação direta de inconstitucionalidade do art. 14 do ADCT da Constituição do Estado de Santa Catarina, de 5-10-1989, que diz: “Fica assegurada aos substitutos das serventias, na vacância, a efetivação no cargo de titular, desde que, investidos na forma da lei, estejam em efetivo exercício, pelo prazo de três anos, na mesma serventia, na data da promulgação da Constituição”. É inconstitucional esse dispositivo por violar o princípio que exige concurso público de provas ou de provas e títulos, para a investidura em cargo público, como é o caso do titular de serventias judiciais (art. 37, II, da CF), e também para o ingresso na atividade notarial e de registro (art. 236, § 3º). (STF, ADI 363, rel. min. SYDNEY SANCHES, j. 15-2-1996, P, DJ de 3-5-1996.)
19. (...) DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. (...) A ocupação precária, por comissão, terceirização, ou contratação temporária, para o exercício das mesmas atribuições do cargo para o qual promovera o concurso público, configura ato administrativo eivado de desvio de finalidade, caracterizando verdadeira burla à exigência constitucional do artigo 37, II, da Constituição Federal. Precedente: AI 776.070-AgR, Relator Ministro GILMAR MENDES, Dje 22/03/2011. (...).(STF, ARE 649046 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 28/08/2012, Dje-180 DIVULG 12-09-2012 PUBLIC 13-09-2012).

Estados de Rondônia (1981-1987), Amapá e Roraima (1988-1993), e absorção de vínculos anteriores constituídos sem concurso público e subsequente transposição para os quadros da União²⁰

20. Ementa: AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. INOCORRÊNCIA. SERVIDORES PÚBLICOS. ABSORÇÃO AOS QUADROS DO ESTADO DO AMAPÁ. ADMISSÃO SEM CONCURSO PÚBLICO. IRREGULARIDADE DA VINCULAÇÃO (...). 1. Os princípios da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, da motivação das decisões judiciais, bem como os limites da coisa julgada, quando a verificação de sua ofensa dependa do reexame prévio de normas infraconstitucionais, revelam ofensa indireta ou reflexa à Constituição Federal, o que, por si só, não desafia a abertura da instância extraordinária. Precedentes. 2. A Súmula 279/STF dispõe verbis: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. 3. É que o recurso extraordinário não se presta ao exame de questões que demandam revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, adstringindo-se à análise da violação direta da ordem constitucional. 4. In casu, o acórdão recorrido assentou: ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA MOVIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL CONTRA ESTADO FEDERADO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. CABIMENTO DA VIA PROCESSUAL ESCOLHIDA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. INOCORRÊNCIA. TERRITÓRIO DO AMAPÁ. ADCT, ART. 14. TRANSFORMAÇÃO EM ESTADO. SERVIDORES PÚBLICOS. ADMISSÃO SEM CONCURSO PÚBLICO. IRREGULARIDADE DA VINCULAÇÃO EM MOMENTO ANTERIOR À PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. PORTARIAS SAF 476 E 886/91. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. DESCABIMENTO. RESPONSABILIDADE DA UNIÃO. 1. A previsão do artigo 102, I, f, da CF [“Compete ao Supremo Tribunal Federal () processar e julgar, originariamente () as causas e os conflitos entre a União e os Estados()”] somente se aplica quando a lide puder afetar o equilíbrio federativo, consoante vem decidindo o Supremo Tribunal Federal (cf. ACO nº 518/MS, relator Ministro Joaquim Barbosa, DPJ de 20/08/04, p.36). 2. A competência da Justiça Federal de primeira instância para processar e julgar a causa, ademais, afirma-se ante a circunstância de que se trata de ação civil pública movida pelo Ministério Público Federal contra ente federativo, funcionando o parquet não como representante da União, mas da sociedade. 3. Cabe ao Ministério Público a promoção da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e dos interesses coletivos, o que ocorre diante da pretensão de anulação de vínculos funcionais constituídos irregularmente perante a Administração e reconhecidos através das Portarias SAF 476 e 886/91. 4. A teor do artigo 4º do Decreto nº 20.910/32, “não corre a prescrição durante a demora que, no estudo, no reconhecimento ou no pagamento da dívida, considerada líquida, tiverem as repartições ou funcionários encarregados de estudar e apurá-la”, o que ocorre quando órgão administrativo passa a verificar, antes do decurso do quinquênio prescricional, a legalidade dos atos que se pretendeu anular através de ação civil pública. 5. De acordo com a Súmula 163 do extinto TFR, “nas relações jurídicas de trato sucessivo, em que a Fazenda Pública figure como devedora, somente prescrevem as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação”. 6. “Os servidores públicos federais da administração direta e indireta, os servidores municipais e os integrantes da carreira policial militar dos ex-Territórios Federais do Amapá e Roraima, que comprovadamente encontravam-se no exercício regular de funções prestando serviços àqueles ex-Territórios na data em que foram transformados em Estados; os policiais militares que tenham sido admitidos por força de lei federal custeados pela União; e, ainda, os servidores civis nesses Estados com vínculo funcional já reconhecido pela União, constituirão quadro em extinção da administração federal, assegurados os direitos e vantagens inerentes aos seus servidores, vedado o pagamento, a qualquer título, de diferenças remuneratórias.” (Emenda Constitucional nº 19/98, art. 31). Hipótese de servidores admitidos sem concurso público e com exercício anterior à data da promulgação da Constituição Federal de 1988 considerado irregular ou não comprovado. 7. Inocorre necessidade de preservação de situação consolidada em face de servidor admitido irregularmente para o serviço público e que pretende a sua manutenção nos quadros do funcionalismo. 8. Há responsabilidade da União,

Por óbvio, seria possível multiplicar as referências a julgados, frequentes em praticamente todos os tribunais do país. O breve inventário realizado pretendeu apenas demonstrar a gravidade das criativas formas engendradas para burlar o concurso público e favorecer o clientelismo no país. Revelam também a repercussão prática do problema, inclusive para servidores concursados, afetados diretamente em seu direito à carreira (direito à evolução funcional).²¹ Há situações que podem parecer *inacreditáveis* e somente a referência direta aos julgados permitem convencer o leitor de que o autor não *delira*. Mas o problema continua, inclusive porque às vezes o sancionamento dessas infrações é limitado. E o sancionamento tímido produz incentivos a novas infrações constitucionais.

Vários agentes beneficiados por essas transgressões ao igualitário acesso a cargos por concurso público, descobertos e processados, valeram-se da demora dos processos ou da omissão de órgãos de controle para invocar o art. 54 da Lei Federal n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, na busca da manutenção e perpetuação do vínculo.²² Em alguns casos específicos a estabilidade da situação funcional criada realmente pode ser justificada, nomeadamente no período em que havia divergência administrativa ou judicial relevante sobre a legitimidade da forma de investidura questionada. Nas situações apoiadas em entendimento oficial contraditório, sobretudo no início da vigência da Constituição de 1988, tem-se eventualmente presente a “base de confiança” necessária para legitimar medida judicial estabilizadora, como ocorreu com a situação de contratados sem concurso público para empresas estatais até 23.04.1993²³ e o provimento derivado

e não do Estado do Amapá, pelos pagamentos indevidamente realizados a servidores tidos como federais ou pelos atos que levaram a estes pagamentos, entre 05/10/88 e 31/12/90, uma vez que o Estado somente foi definitivamente instalado com a posse do governador eleito em 1990. Inteligência de precedentes do Supremo Tribunal Federal. 9. Apelação do Estado do Amapá e remessa a que se dá parcial provimento. Demais apelações a que se nega provimento. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AI 753844 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 13/12/2011, Acórdão Eletrônico DJe-032, divulg 13-02-2012, public 14-02-2012). Essa decisão, porém, deverá ser apreciada doravante à luz da EC98/2017, objeto de nota posterior (nota 25).

21. Cf. MODESTO, Paulo. O sentido constitucional de carreira no serviço público. In: Revista Brasileira de Direito Público RBDP, v. 14, n. 55, p. 47-54, out./dez. 2016. Disponível também na internet: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/paulo-modesto/o-sentido-constitucional-de-carreira-no-servico-publico>. Acesso em 10.06.2018.
22. A Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999 enuncia expressamente: Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé. Vide nota 35, neste texto.
23. Acórdão do TCU. Prestação de contas da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (INFRAERO). Emprego público. Regularização de admissões. Contratações realizadas em conformidade com a legislação vigente à época. Admissões realizadas por processo seletivo sem concurso público, validadas por decisão administrativa e acórdão anterior do TCU.

de cargo público implementado antes de 17.02.1993²⁴ Em outras situações foram aprovadas emendas constitucionais destinadas a oferecer cobertura específica para vínculos precários, sem concurso e até mesmo com vínculo impugnado, em especial os vínculos firmados antes da implantação e no período de implantação dos ex-territórios federais em Estados.²⁵

Transcurso de mais de dez anos desde a concessão da liminar no mandado de segurança. Obrigatoriedade da observância do princípio da segurança jurídica enquanto subprincípio do Estado de Direito.(STF, MS 22.357, rel. min. GILMAR MENDES, j. 27-5-2004, P, DJ de 5-11-2004). A razão do limite temporal referido foi a decisão do STF no MS 21.322, Rel. Ministro PAULO BROASSARD, publicado no Diário Oficial de 23.04.1993, que pacificou definitivamente o tema, sendo adotado até hoje.

24. EMENTA Embargos de declaração no agravo regimental no agravo de instrumento. Administrativo. Provimento derivado. Manutenção de ato administrativo concretizado em 1992. ADI nº 837-MC. Efeitos ex nunc. RE nº 442.683/RS. Princípios da boa-fé e da segurança jurídica. Precedentes. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de ser inconstitucional toda forma de provimento derivado após a Constituição Federal de 1988, sendo necessária a prévia aprovação em concurso de provas ou de provas e títulos para o ingresso em cargos públicos. 2. Contudo, no julgamento da medida cautelar na ADI nº 837, Relator o Ministro MOREIRA ALVES, DJ de 17/2/93, suspendeu-se, com efeitos ex nunc, a eficácia dos arts. 8º, III, e das expressões 'acesso e ascensão' do art. 13, parágrafo 4º, 'ou ascensão' e 'ou ascender' do art. 17, e do inciso IV do art. 33, todos da Lei nº 8.112, de 1990. 3. Posteriormente, com fundamento na referida ADI, cujo mérito foi julgado em 27/8/98 (DJ de 25/6/99), a Segunda Turma da Corte, ao examinar o recurso extraordinário nº 442.683/RS, concluiu pela subsistência de atos administrativos de provimentos derivados ocorridos entre 1987 a 1992, em respeito aos postulados da boa-fé e da segurança jurídica. Consignou-se que, à época dos fatos, o entendimento a respeito do tema não era pacífico, o que teria ocorrido somente em 17/02/93 (data da publicação da decisão proferida na medida cautelar). 4. No caso, cuida-se de processo seletivo interno de ascensão funcional, cujo resultado foi homologado em 8/1/92. Destarte, é de se aplicar à hipótese o entendimento firmado no referido recurso extraordinário. 5. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes. (STF, AI 859766 AgR-ED, Rel.Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 24/02/2017, DJe-049, Divulg 14-03-2017, Public 15-03-2017)
25. Conferir as Emendas constitucionais recentes: EC 79/2014 e EC 98/2017, que ampliaram o disposto no Art. 31 da EC 19/98. Anteriormente, a EC 38/2002 e a EC 60/2009, já haviam alterado o art. 89 do ADCT, para tratar do aproveitamento de servidores do Ex-Território de Rondônia, mediante opção, em quadro em extinção da administração federal. Porém, as EC 19/98, 38/02, 60/09 circunscreviam a incorporação aos quadros da União dos servidores em exercício regular de suas funções na data da transformação do ex-Território em Estado ou até sua efetiva implantação ou a data da posse do primeiro Governador. A Emenda Constitucional 98, de 6 de dezembro de 2017, dispensa a exigência de regularidade do exercício funcional e merece uma atenção especial, infelizmente inviável de forma abrangente nesse momento. A EC 98/2017 permite a transposição aos quadros da União de todos os agentes dos ex-Territórios de Amapá e Roraima, dos novos Estados constituídos e seus municípios investidos entre outubro de 1988 e outubro de 1993, quer possuíssem vínculo de caráter efetivo ou em comissão, liame estatutário ou trabalhista, da administração pública direta ou indireta, inclusive empresas públicas e sociedade de economia mista, ainda existentes ou extintas, de ingresso regular ou irregular, civil ou militar, ativo ou inativo, prestadores de serviço ou contratados de cooperativas, assegurando-se ainda novo enquadramento e os correspondentes acréscimos remuneratórios correspondentes ao cargo equivalente na União às funções exercidas pelo agente, vedado o pagamento de vantagens ou o ressarcimento de diferenças em virtude de ato ou fato anterior à data do enquadramento do optante que manifeste expreso interesse em ingressar nos quadros da União. Ao primeiro súbito de vista, a EC 98/2017 sugere um monumental trem da alegria, promulgado em pleno período de crise econômica e sujeição da

Porém, o Supremo Tribunal Federal, em *leading case* sobre a investidura sem concurso público nos serviços notariais e de registro após 1988, não aceitou a invocação da cláusula de decadência do direito de anulação administrativa como obstáculo para a desconstituição de *atos diretamente inconstitucionais em sede jurisdicional*:

MANDADO DE SEGURANÇA. ATIVIDADE NOTARIAL E DE REGISTRO. INGRESSO. CONCURSO PÚBLICO. EXIGÊNCIA. ARTIGO 236, PARÁGRAFO 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NORMA AUTO-APLICÁVEL. DECADÊNCIA PREVISTA NO ARTIGO 54 DA LEI 9.784/1999. INAPLICABILIDADE A SITUAÇÕES INCONSTITUCIONAIS. PREVALÊNCIA DOS PRINCÍPIOS REPUBLICANOS DA IGUALDADE, DA MORALIDADE E DA IMPESSOALIDADE. SUBSTITUTO EFETIVADO COMO TITULAR DE SERVENTIA APÓS A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE.

União ao Novo Regime Fiscal, este último aprovado pela Emenda Constitucional n. 95, de 15.12.2016. Incorporar, isoladamente, significativo contingente de servidores de determinado Estado aos quadros da União, sugere afronta direta à forma federativa de Estado, cláusula pétrea expressa (Art. 60, §4º, I, da CRFB) e, conseqüentemente, limite intransponível a emendas constitucionais. Promover transposição em massa de servidores, inclusive de servidores precários e ocupantes transitórios de cargos em comissão, servidores não efetivos e prestadores de serviço, revela atentado gravíssimo ao núcleo do direito fundamental à igualdade no acesso aos cargos públicos, cláusula pétrea também prevista expressamente na Constituição (Art. 60, §4º, IV, da CRFB). Por fim, admitir a transposição indeterminada de agentes aos quadros da União, com correspondente concessão de estabilidade, mediante simples prova de vínculo (de qualquer natureza) mantido com ex-Território e com o novo Estado no período assinalado pelo singelo tempo de trabalho de noventa dias, é medida flagrantemente violadora da razoabilidade e do princípio republicano, igualmente previsto, embora de forma indireta, pelo Art. 60, §4º, II, da CRFB. A Medida Provisória 817, de 4 de janeiro de 2018, e o Decreto 9.324, de 2 de abril de 2018, buscaram regulamentar a Emenda Constitucional n. 98/2017 em âmbito infraconstitucional. Anote-se, ainda, a interposição em 19.04.2018 pela Procuradora-Geral da República de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5.935/DF), tendo por objeto a integralidade da Emenda Constitucional n.º 98/2017, que alterou o art. 31, da Emenda Constitucional n.º 19/1998, permitindo a inclusão nos quadros da União de pessoas que tiveram qualquer vínculo trabalhista, funcional ou empregatício, por pelo menos 90 dias, com a Administração Pública dos ex-Territórios, com os Estados do Amapá e Roraima no período de instalação e com seus Municípios, inclusive com suas empresas públicas e sociedades de economia mista. O Relator sorteado, Min. EDSON FACHIN, em 20.04.2018, adotou o rito positivado no artigo 12 da Lei n.º 9.868/1999, a fim de possibilitar ao Supremo Tribunal Federal a análise definitiva da matéria.

Para agravar a situação, tramitam outras propostas de emenda constitucional no Congresso Nacional na mesma direção, com forte viés clientelista, inclusive a inacreditável PEC 518, de 2010, que declara estáveis no serviço público os “servidores públicos civis da administração direta, das autarquias e das fundações públicas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive os ocupantes de *cargos, funções e empregos de confiança, em comissão ou de livre exoneração*, que estavam em exercício em até 11 de dezembro de 1990 e tenham cumprido a menos vinte anos de efetivo exercício no serviço público até a data de promulgação desta Emenda Constitucional”. O que se decidir sobre a EC98/2017 servirá de forte incentivo ou desincentivo a aventuras legislativas como a referida PEC 518.

ORDEM DENEGADA. 1. O art. 236, § 3º, da Constituição Federal é norma auto-aplicável. 2. Nos termos da Constituição Federal, sempre se fez necessária a submissão a concurso público para o devido provimento de vagas e de serventias extrajudiciais eventualmente vagas ou para fins de remoção. 3. Rejeição da tese de que somente com a edição da Lei 8.935/1994 teria essa norma constitucional se tornado auto-aplicável. 4. Existência de jurisprudência antiga e pacífica do Supremo Tribunal Federal no sentido da indispensabilidade de concurso público nesses casos (Ações Diretas de Inconstitucionalidade 126/RO, rel. Min. Octavio Gallotti, Plenário, DJ 05.6.1992; 363/DF, 552/RJ e 690/GO, rel. Min. Sydney Sanches, Plenário, DJ 03.5.1996 e 25.8.1995; 417/ES, rel. Min. Maurício Corrêa, Plenário, DJ 05.5.1998; 3.978/SC, rel. Min. Eros Grau, Plenário, DJe 29.10.2009). 5. Situações flagrantemente inconstitucionais como o provimento de serventia extrajudicial sem a devida submissão a concurso público não podem e não devem ser superadas pela simples incidência do que dispõe o art. 54 da Lei 9.784/1999, sob pena de subversão das determinações insertas na Constituição Federal. 6. Existência de jurisprudência consolidada da Suprema Corte no sentido de que não há direito adquirido à efetivação de substituto no cargo vago de titular de serventia, com base no art. 208 da Constituição pretérita, na redação atribuída pela Emenda Constitucional 22/1983, quando a vacância da serventia se der já na vigência da Constituição de 1988 (Recursos Extraordinários 182.641/SP, rel. Min. Octavio Gallotti, Primeira Turma, DJ 15.3.1996; 191.794/RS, rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 06.3.1998; 252.313-AgR/SP, rel. Min. Cezar Peluso, Primeira Turma, DJ 02.6.2006; 302.739-AgR/RS, rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ 26.4.2002; 335.286/SC, rel. Min. Carlos Britto, DJ 15.6.2004; 378.347/MG, rel. Min. Cezar Peluso, DJ 29.4.2005; 383.408-AgR/MG, rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 19.12.2003; 413.082-AgR/SP, rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJ 05.5.2006; e 566.314/GO, rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 19.12.2007; Agravo de Instrumento 654.228-AgR/MG, rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 18.4.2008). 7. Reafirmada a inexistência de direito adquirido de substituto que preencheria os requisitos do art. 208 da Carta pretérita à investidura na titularidade de Cartório, quando a vaga tenha surgido após a promulgação da Constituição de 1988, pois esta, no seu art. 236, § 3º, exige expressamente a realização de concurso público de provas e títulos para o ingresso na atividade notarial e de registro. 8. Os princípios republicanos da igualdade, da moralidade e da impessoalidade devem nortear a ascensão às funções públicas. 9. Segurança denegada. (STF, MS 28279, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 16/12/2010, DJe-079 DIVULG

28-04-2011 PUBLIC 29-04-2011).

Essa decisão é importante, porém a matéria segue em debate, sendo aguardado o julgamento do Recurso Extraordinário nº 817.338, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, cuja repercussão geral foi admitida, tendo como um dos temas centrais a discussão sobre a possibilidade de anulação de ato administrativo pela própria Administração Pública, em face de hipótese de *violação direta a texto constitucional*, não simples ilegalidade, embora decorrido o prazo decadencial previsto no artigo 54 da Lei nº 9.784/99.

Fundamental, também, diante da torrente de violações, foi a firme atuação do Supremo Tribunal Federal na fixação do entendimento pacífico sobre:

- a) obrigatoriedade de concurso público em empregos públicos das empresas estatais²⁶
- b) proibição do provimento derivado de cargo público²⁷
- c) proibição de investidura em cargo distinto de servidor em desvio de função²⁸

26. Após a Constituição do Brasil de 1988, é nula a contratação para a investidura em cargo ou emprego público sem prévia aprovação em concurso público. Tal contratação não gera efeitos trabalhistas, salvo o pagamento do saldo de salários dos dias efetivamente trabalhados, sob pena de enriquecimento sem causa do poder público. Precedentes. A regra constitucional que submete as empresas públicas e sociedades de economia mista ao regime jurídico próprio das empresas privadas (...) não elide a aplicação, a esses entes, do preceituado no art. 37, II, da CF/1988, que se refere à investidura em cargo ou emprego público. (STF, AI 680.939 AgR, Rel. min. EROS GRAU, j. 27-11-2007, 2ª T, DJE de 1º-2-2008.)

27. Súmula Vinculante 43: “É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido”. Há frequente tentativa de burla ao provimento derivado por transformação de carreiras: “Provimento derivado de cargos. (...) Dispositivos legais impugnados que afrontam o comando do art. 37, II, da CF, o qual exige a realização de concurso público para provimento de cargos na administração estatal. Embora sob o rótulo de reestruturação da carreira na Secretaria da Fazenda, procedeu-se, na realidade, à instituição de cargos públicos, cujo provimento deve obedecer aos ditames constitucionais. (STF, ADI 3.857, Rel. min. RICARDO LEWANDOWSKI, j. 18-12-2008, DJE de 27-2-2009. Por igual, invoca-se o instituto da transposição: “É inconstitucional a chamada investidura por transposição” (STF, ADI 3.332, Rel. min. EROS GRAU, j. 30-6-2005, DJ de 14-10-2005. Sobre o direito à carreira, com repercussões práticas, confira: MODESTO, Paulo. O sentido constitucional de carreira no serviço público. In: Revista Brasileira de Direito Público (RBDP), v. 14, n. 55, p. 47-54, out./dez. 2016. Disponível também na internet: <http://bit.ly/carreiranaconstituicao> Acesso em 10.06.2018.

28. Ver RE nº 644.483/DF-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 4/10/11; RE nº 311.371/SP-AgR-ED, Primeira Turma, Rel. Min. Eros Grau, DJ de 5/8/05; RE 219.934/SP, Primeira Turma, Rel. o Min. Octavio Gallotti, DJ de 16/2/01; RE nº 209174, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 13/3/98; RE nº 165.128, Segunda Turma, Relator o Min. Marco Aurélio, DJ de 15/3/96; (AR 2137 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 19/09/2013, DJe-232 25-11-2013.

d) vedação à migração de vantagens de entre cargos de carreiras distintas²⁹

e) vedação ao nepotismo³⁰

29. Ementa: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. INCORPORAÇÃO DE “QUINTOS”. PRETENSÃO DE CONTINUAR PERCEBENDO A VANTAGEM REMUNERATÓRIA NO EXERCÍCIO DE CARGO DE CARREIRA DIVERSA. INVIABILIDADE. 1. A garantia de preservação do direito adquirido, prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, assegura ao seu titular também a faculdade de exercê-lo. Mas de exercê-lo sob a configuração com que o direito foi formado e adquirido e no regime jurídico no âmbito do qual se desenvolveu a relação jurídica correspondente, com seus sujeitos ativo e passivo, com as mútuas obrigações e prestações devidas. 2. As vantagens remuneratórias adquiridas no exercício de determinado cargo público não autoriza o seu titular, quando extinta a correspondente relação funcional, a transportá-las para o âmbito de outro cargo, pertencente a carreira e regime jurídico distintos, criando, assim, um direito de tertium genus, composto das vantagens de dois regimes diferentes. 3. Por outro lado, considerando a vedação constitucional de acumulação remunerada de cargos públicos, não será legítimo transferir, para um deles, vantagem somente devida pelo exercício do outro. A vedação de acumular certamente se estende tanto aos deveres do cargo (= de prestar seus serviços) como aos direitos (de obter as vantagens remuneratórias). 4. Assim, não encontra amparo constitucional a pretensão de acumular, no cargo de magistrado ou em qualquer outro, a vantagem correspondente a “quintos”, a que o titular fazia jus quando no exercício de cargo diverso. 5. Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento.(STF, RE 587371, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 14/11/2013, DJe-122 Divulg 23-06-2014 Public 24-06-2014 – Repercussão Geral Tema 473)

30. Súmula Vinculante 13: A nomeação de cônjuge, companheiro, ou parente, em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a CF.” Sobre o tema do nepotismo nos cargos políticos, questionando a ressalva aos cargos político-administrativos, de provimento unilateral discricionário, e sua não diferenciação dos cargos político-representativos, v. MODESTO, Paulo. Nepotismo em cargos político-administrativos, ob. cit, p. 260-298, disponível também na internet: https://www.academia.edu/7789409/NEPOTISMO_EM_CARGOS_POLITICO-ADMINISTRATIVOS A aplicação da vedação ao nepotismo para cargos políticos tem sido feita caso-a-caso, no varejo, sem regra uniforme: “Os cargos políticos são caracterizados não apenas por serem de livre nomeação ou exoneração, fundadas na fidúcia, mas também por seus titulares serem detentores de um múnus governamental decorrente da CF, não estando os seus ocupantes enquadrados na classificação de agentes administrativos. Em hipóteses que atinjam ocupantes de cargos políticos, a configuração do nepotismo deve ser analisado caso a caso, a fim de se verificar eventual “troca de favores” ou fraude a lei. Decisão judicial que anula ato de nomeação para cargo político apenas com fundamento na relação de parentesco estabelecida entre o nomeado e o chefe do Poder Executivo, em todas as esferas da federação, diverge do entendimento da Suprema Corte consubstanciado na Súmula Vinculante 13. (STF, Rcl 7.590, rel. min. DIAS TOFFOLI, j. 30-9-2014, 1ª T, DJE de 14-11-2014). “Ato decisório contrário à Súmula Vinculante 13 do STF Nepotismo. Nomeação para o exercício do cargo de conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Paraná. Natureza administrativa do cargo. (...) A vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática, uma vez que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, caput, da CF. O cargo de conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Paraná reveste-se, à primeira vista, de natureza administrativa, uma vez que exerce a função de auxiliar do Legislativo no controle da administração pública” (STF, Rcl 6.702 AgR-MC, rel. min. RICARDO LEWANDOWSKI, j. 4-3-2009, P, DJE de 30-4-2009). É possível que esse cenário de insegurança jurídica e análise

f) recusa da investidura em razão de fato consumado³¹

g) vedação à reinclusão – sem concurso – de agentes desligados do serviço³²

h) recusa de investidura temporária por excepcional interesse público de agentes em funções permanentes, dispensado o concurso público³³

caso-a-caso seja alterado com o julgamento do Recurso Extraordinário 1.133.118-SP, Rel. LUIZ FUX, cuja repercussão geral foi reconhecida recentemente (14.06.2018) e transcreve fragmento do trabalho que escrevi sobre a matéria, referido supra. A repercussão geral foi reconhecida com a seguinte Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. LEI 4.627/2013, QUE MODIFICOU A LEI 3.809/1999 DO MUNICÍPIO DE TUPÃ SP. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE EM ÂMBITO ESTADUAL. PROVIMENTO DE CARGOS PÚBLICOS. GRAU DE PARENTESCO. AGENTES POLÍTICOS. NEPOTISMO. SÚMULA VINCULANTE 13. PRINCÍPIOS REPUBLICANOS DA MORALIDADE, IMPESSOALIDADE, IGUALDADE E EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SEGURANÇA JURÍDICA. MANIFESTAÇÃO PELA REPERCUSSÃO GERAL.

31. “Não é compatível com o regime constitucional de acesso aos cargos públicos a manutenção no cargo, sob fundamento de fato consumado, de candidato não aprovado que nele tomou posse em decorrência de execução provisória de medida liminar ou outro provimento judicial de natureza precária, supervenientemente revogado ou modificado. (STF, RE 608.482, rel. min. TEORI ZAVASCKI, j. 7-8-2014, P, DJE de 30-10-2014, Tema 476.)
32. “Não guarda consonância com o texto da Constituição do Brasil o preceito que dispõe sobre a possibilidade de “reinclusão” do servidor que se desligou voluntariamente do serviço público. O fato de o militar licenciado ser considerado “adido especial” não autoriza seu retorno à corporação. O licenciamento consubstancia autêntico desligamento do serviço público. O licenciado não manterá mais qualquer vínculo com a administração. O licenciamento voluntário não se confunde o retorno do militar reformado ao serviço em decorrência da cessação da incapacidade que determinou sua reforma. O regresso do ex-militar ao serviço público reclama sua submissão a novo concurso público [art. 37, II, da CF/1988]. O entendimento diverso importaria flagrante violação da isonomia [art. 5º, I, da CF/1988] (STF, ADI 2.620, rel. min. EROS GRAU, j. 29-11-2007, P, DJE de 16-5-2008)
33. “Ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal em face de trecho da Constituição do Estado de Minas Gerais que repete texto da CF (...) Contratação temporária por tempo determinado para atendimento a necessidade temporária de excepcional interesse público. Previsão em lei municipal de atividades ordinárias e regulares. Definição dos conteúdos jurídicos do art. 37, II e IX, da CF. Descumprimento dos requisitos constitucionais. (...) Prevalência da regra da obrigatoriedade do concurso público (art. 37, II, CF). As regras que restringem o cumprimento desse dispositivo estão previstas na CF e devem ser interpretadas restritivamente. O conteúdo jurídico do art. 37, IX, da CF pode ser resumido, ratificando-se, dessa forma, o entendimento da Corte Suprema de que, para que se considere válida a contratação temporária, é preciso que: a) os casos excepcionais estejam previstos em lei; b) o prazo de contratação seja predeterminado; c) a necessidade seja temporária; d) o interesse público seja excepcional; e) a necessidade de contratação seja indispensável, sendo vedada a contratação para os serviços ordinários permanentes do Estado, e que devam estar sob o espectro das contingências normais da administração. É inconstitucional a lei municipal em comento, eis que a norma não respeitou a CF. A imposição constitucional da obrigatoriedade do concurso público é peremptória e tem como objetivo resguardar o cumprimento de princípios constitucionais, entre eles os da impessoalidade, da igualdade e da eficiência. (STF, RE 658.026, rel. min. DIAS TOFFOLI, j. 9-4-2014, P, DJE de 31-10-2014, Tema 612). Vide também ADI 2.229, Relator Min. CARLOS VELLOSO, Julgado em 9-6-2004, DJ de 25-6-2004).

i) vedação à previsão de cláusulas de “veto” imotivado em concurso público³⁴

Outra exceção à estabilização de situações irregulares invocada pelos tribunais tem sido o reconhecimento de *fraude do agente na investidura*³⁵, a

-
34. EMENTA: Concurso público: magistratura estadual: lei que concede ao Tribunal de Justiça poder de veto a candidato: inconstitucionalidade. 1. Embora a Constituição admita o condicionamento do acesso aos cargos públicos a requisitos estabelecidos em lei, esta não o pode subordinar a pressupostos que façam inócuas as inspirações do sistema de concurso público (art. 97, § 1º), que são um corolário do princípio fundamental da isonomia. 2. Além de inconciliável com a exigência constitucional do concurso público e com o princípio de isonomia, que a inspira, a eliminação de candidatos, mediante voto secreto e imotivado de um colegiado administrativo - ainda que se trate de um Tribunal - esvazia e fraudava outra garantia básica da Constituição, qual seja, a da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário: tanto vale proibir explicitamente a apreciação judicial de um ato administrativo, quanto discipliná-lo de tal modo que se faça impossível verificar em juízo a sua eventual nulidade. 3. A circunstância de tratar-se de um concurso para a carreira da magistratura - ao contrário de legitimar o poder de “veto de consciência” a candidatos “agrava a sua ilegitimidade constitucional: acima do problema individual do direito subjetivo de acesso à função pública, situa-se o da incompatibilidade com o regime democrático de qualquer sistema que viabilize a cooptação arbitrária, como base de composição de um dos poderes do Estado. 4. O STF - por fidelidade às inspirações do princípio do concurso público - tem fulminado por diversas vezes o veto a candidato a concurso, ainda quando vinculado a conclusões de exame psicotécnico previsto em lei, se a sua realização se reduz a “entrevista em clausura, de cujos parâmetros técnicos não se tenha notícia” (RE 112.676, Rezek: com mais razão é de declarar-se a inconstitucionalidade, se à conclusão do exame psicotécnico - seja qual for a sua confiabilidade - não se vincula o Tribunal que - “conforme ele, contra ele ou apesar dele” -, recebe o poder da eliminação de candidatos, com ou sem entrevistas, por juízo da consciência de votos secretos e imotivados. 5. De reconhecer-se o direito à investidura de candidata à magistrada, que, depois de habilitada nas provas do concurso, não foi indicada à nomeação - então, de competência do Poder Executivo - por força de veto imotivado do Tribunal de Justiça. 6. Consequências patrimoniais pretéritas da preterição do direito à nomeação a calcular-se conforme o critério do STF em casos assimiláveis. (STF, RE 194657, Relator Mín. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2001, DJ 14-12-2001 PP-00083 EMENT VOL-02053-07 PP-01487)
35. Não é viável abordar em detalhe, em face da economia do texto, o tema de afastamento do prazo decadencial previsto na Lei Federal n. 9784/1999 para a hipótese de “má-fé” do agente nomeado, isolada ou conjuntamente com eventual “má-fé” do agente nomeante. Por igual, inviável desenvolver o aspecto dos limites de aplicação da regra estabilizadora aos atos desfavoráveis a agentes investidos e a questão da cindibilidade ou não da impugnação da decisão sobre a validade de atos administrativos parcialmente favoráveis e parcialmente desfavoráveis. Merece registro que o prazo de cinco anos, previsto expressamente na Lei Federal 9784/1999, em princípio aplicável unicamente à União, vem sendo invocado com alguma frequência como parâmetro de avaliação de situações que se desenvolveram em Estados e Municípios, conquanto algumas unidades disponham de leis próprias de processo administrativo e prazo diverso de decadência para a invalidação administrativa de irregularidades apuradas. Participei da comissão técnica que preparou o anteprojeto da lei de processo administrativo da União (Comissão CAIO TÁCITO); fico contente com prestígio da Lei 9784/1999, mas considero tecnicamente imprópria a aplicação nacional direta da lei federal, máxime quando vigente norma legal específica de unidade política autônoma, ante a natureza material da matéria disciplinada. Mas posiciono-me sobre os temas referidos, ao menos em termos teóricos: considero o afastamento do prazo decadencial para situações de má-fé do agente beneficiado e da autoridade nomeante legítimo e constitucional; a cobertura da decadência quinquenal restrita a atos favoráveis e perfeitamente cindível a fração favorável e desfavorável nos chamados atos administrativos mistos. Subscrovo esse entendimento desde a Comissão de Elaboração do

caracterizar a “comprovada má-fé” referida na parte final do Art. 54 da Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999.³⁶

A violação mais frequente à exigência do concurso público para a investidura em cargos públicos, porém, foi a criação abundante de cargos de confiança com a ausência de especificação de atribuições ou a especificação de atribuições inadequadas para justificar a exceção à cláusula do concurso público em Estados e Municípios. Em segundo lugar, a criação de cargos em comissão em número desproporcional ao número de servidores efetivos existentes, sobretudo ao número de cargos efetivos providos e não simplesmente criados.

A primeira transgressão era objeto de censura tanto antes quanto depois da Constituição de 1988.

MÁRCIO CAMMAROSANO, por exemplo, antes mesmo da Constituição de 1988, dissertando sobre “Provimento de cargos públicos no

Anteprojeto da Lei de Processo Administrativo, tendo sido autor da sugestão de exclusão das situações de má-fé do âmbito de cobertura do Art. 54 da Proposta exatamente preocupado com abusos noticiados à época envolvendo acesso a cargos públicos e aumentos de remuneração de servidores e autoridades por atos secretos ou mantidos sem impugnação por conluio entre autoridades e órgãos locais de controle. Adicionalmente, a exclusão das situações de má-fé da regra estabilizadora seguia precedentes do direito comparado consultado à época (em especial, o §48 (2) do Código do Procedimento Administrativo Alemão de 25.05.1976, que na parte final do item enunciava: “O beneficiário não pode invocar a confiança se 1. Obteve o acto administrativo através de engano doloso, ameaça ou suborno; 2. obteve o acto administrativo com base em dados no essencial inexactos ou incompletos; 3. conhecia a invalidade do acto administrativo ou não a conhecia por culpa grave” (cf. OLIVEIRA, Alberto Augusto Andrade de. Código do Procedimento Administrativo Alemão: tradução e notas, Coimbra, Livraria da Universidade, s.d, p. 97). A sugestão foi apoiada pela maioria da comissão, tendo sido incorporada ao texto final pelo amigo e saudoso professor ALMIRO DO COUTO E SILVA, redator final deste dispositivo. Nesse tópico, uma posição muito próxima – quase coincidente à minha e sem prévia combinação ou conhecimento pelo autor – pode ser consultada em RICARDO MARCONDES MARTINS, Efeitos dos Vícios do Ato Administrativo, São Paulo, Malheiros, 2008, pp. 458 e segs.

36. “Apelação Cível. Mandado de Segurança. Pleito de anulação de ato administrativo municipal que exonerou, após instauração de PAD, servidora nomeada mediante fraude. Apelante que sustenta a ocorrência da decadência e consequente convalidação do ato de nomeação pelo decurso do tempo, pois que no exercício do cargo há 10 anos. À Administração Pública é permitido anular seus próprios atos quando verificada a ocorrência de vício de legalidade, ante a necessidade de restauração da situação de regularidade violada, conforme inteligência da Súmula nº 473 do STF. Constatada a ocorrência de fraude na nomeação e posse da apelante em cargo efetivo, em contrariedade ao art. 37, II, da CF/88, apurada em processo administrativo, com contraditório e ampla defesa, não há falar em nulidade do ato de exoneração. A decadência do direito da Administração em anular seus próprios atos, prevista no art. 54 da Lei nº 9.784/99, mostra-se inaplicável em casos de clara violação à Constituição Federal, mormente quando o ato se deu mediante fraude à classificação obtida no certame, falsificação da portaria de nomeação, e inexistência do nome da apelante na listagem homologada pelo TCM. Consoante precedentes do STF, os atos inconstitucionais jamais se convalidam pelo mero decurso do tempo. Sentença mantida por seus próprios fundamentos. Apelo não Provido. (TJ/BA, Apelação n 0000446-18.2013.8.05.0265, Relator Des. JOSÉ CÍCERO LANDIN NETO, Quinta Câmara Cível, Publicado em: 10/02/2015)

Direito Brasileiro”³⁷, identificava na *finalidade dos cargos em comissão* - propiciar ao chefe do governo o recrutamento de pessoas de sua absoluta confiança para o exercício de certas funções -, base suficiente para interpretar que a legitimidade constitucional da criação de cargos em comissão circunscrevia-se ao âmbito dos cargos cuja “natureza das atribuições” exigiam dos titulares “não apenas o dever elementar de lealdade às instituições constitucionais e administrativas a que servirem, comum a todos os funcionários, como também um comprometimento político, uma fidelidade às diretrizes estabelecidas pelos agentes políticos, uma lealdade pessoal à autoridade superior” (p.95). Para o mestre paulista, a própria Constituição Federal precedente, ao referir o provimento em comissão no §2º do art. 97, “não autoriza o legislador ordinário a fazer dos cargos de livre provimento e exoneração a regra, e dos cargos de provimento efetivo, mediante concurso, a exceção, pois isso seria tornar praticamente letra morta o princípio da igual acessibilidade de todos aos cargos públicos, que tem precisamente na exigência de concurso público a sua seiva” (p. 96).³⁸

Na mesma direção, à luz do texto originário da Constituição de 1988, SERGIO DE ANDREA FERREIRA escreveu:

“Já salientamos que o servidor é o profissional da função pública. Daí, mesmo os chamados cargos e funções de confiança devem, em princípio, ser preenchidos por profissionais dos quadros efetivos, de formação técnica ou científica, devendo deixar-se o critério essencialmente político para poucas funções. A lei deverá indicar os casos em que o recrutamento deve ter, preferencialmente, aquela índole técnico-científica, e quais as condições que presidirão ao recrutamento. Na omissão do legislador, caberá a propositura da ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º), para especificar casos e condições”³⁹.

A matéria recebeu nova dimensão com a promulgação da Emenda Constitucional n. 19/1998.

37. CAMMAROSANO, Márcio. *Provimento de cargos públicos no Direito Brasileiro*. São Paulo: RT, 1984.

38. Ver, também, já na vigência da Constituição de 1988, do mesmo autor: CAMMAROSANO, Márcio. Cargos em Comissão – algumas reflexões em face de limites constitucionais e da orientação do STF. In: PEREIRA, F. H.; CAMMAROSANO, M.; SILVEIRA, M. P.; ZOCKUN, M (orgs). *O direito administrativo na jurisprudência do STF e do STJ: homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, pp. 355-361.

39. FERREIRA, Sérgio de Andrea. *Comentários à Constituição*. 3º.vol. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991, p. 135.

2 A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 19/1998 E A INSTITUIÇÃO DE LIMITAÇÃO MATERIAL PARA A CRIAÇÃO E PROVIMENTO DE CARGOS EM COMISSÃO: AVANÇO INSUFICIENTE

“Consulta-se em um conselho o lugar de um governador, de um general, de um ministro superior da fazenda ou da justiça, e que sucede? Vota o conselheiro no parente, porque é parente; vota no amigo, porque é amigo; vota no recomendado, porque é recomendado; e os mais dignos e os mais beneméritos, porque não têm amizade, nem parentesco, nem valia, ficam fora. Acontece isto muitas vezes? Queira Deus que alguma vez deixe de ser assim!”
(PADRE ANTÔNIO VIEIRA)

A Emenda Constitucional n. 19/98 estabeleceu *limite material explícito para a criação de cargos administrativos de provimento em comissão ao exigir que tais cargos fossem previstos unicamente para funções de direção, chefia e assessoramento (CRFB, Art. 37, V, in fine). Em segunda medida, estabeleceu reserva exclusiva formal para a investidura em funções de confiança em favor dos exercentes de cargos efetivos, nomeados após concurso público, limitado o acesso livre de agentes externos unicamente aos cargos de provimento em comissão (CRFB, Art. 37, V). Em terceira medida, incluiu explícita exigência para que a lei estabeleça percentuais mínimos para investidura de servidores efetivos em cargos de provimento em comissão (CRFB, Art. 37, V). Por fim, explicitou que a investidura em cargo ou emprego público deve ocorrer mediante concurso público de provas ou de provas e títulos, “de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego”, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração (CRFB, Art. 37, II), medida que deve ser interpretada sob o foco dos princípios gerais da Administração Pública, inclusive o princípio da eficiência, a partir da Emenda explicitado na cabeça do Art. 37 da Constituição da República. Foram quatro alterações apenas nesse domínio que constituem avanço indiscutível para o regime de mérito no acesso aos cargos públicos e limitadoras do abuso na constituição e provimento de cargos públicos.*

Tais alterações podem ser facilmente visualizadas no confronto direto entre o texto original e o texto alterado da Constituição de 1988, com destaque novamente para os incisos II e V do Art. 37 da Constituição:

Redação Original da CF/88	EC 19/1998
<p>“Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:</p> <p>.....</p>	<p>“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:</p> <p>.....</p>
<p>II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;</p> <p>.....</p>	<p>II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;</p> <p>.....</p>
<p>V - os cargos em comissão e as funções de confiança serão exercidos, preferencialmente, por servidores ocupantes de cargo de carreira técnica ou profissional, nos casos e condições previstos em lei.</p>	<p>V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;</p>

Essas alterações no texto da Constituição, sobretudo a limitação material para a criação de cargos em comissão a funções de direção, chefia e assessoramento, provocaram um crescimento perceptível das ações diretas de inconstitucionalidade dirigidas contra leis de criação de cargos de provimento em comissão, que passaram a sofrer censura jurisdicional frequente quando:

a) a lei não informava as atribuições do cargo comissionado,⁴⁰

40. “Se o legislador municipal, não declinou as funções de cada um dos cargos em comissão criados na lei municipal em voga impossibilitando a verificação de suas respectivas atribuições e não sendo possível afirmar que tais cargos têm, exclusivamente em suas respectivas áreas, atribuições de direção, chefia e assessoramento, a declaração da inconstitucionalidade da lei, é medida que se impõe. (TJ-MG, Ação direta de inconstitucionalidade nº 10000121236855000, Órgão Especial, Tribunal de Justiça de Mg, Relator: Des. WAGNER WILSON FERREIRA, Julgado em 19/02/2014)

b) a lei vinculava os cargos comissionados a funções ordinárias, técnicas, regulares da administração pública, sem embargo de empregar para os cargos criados a denominação de chefes, diretores, supervisores, assessores, coordenadores e outras designações similares;⁴¹

c) a lei enunciava funções permanentes para as quais não se identificava qualquer vínculo especial de fidúcia necessário do nomeado perante a autoridade nomeante.⁴²

Essas decisões – e inumeráveis outras – passaram a destacar o *caráter excepcional da criação de cargos de provimento em comissão, reafirmando como regra geral de acesso aos cargos públicos a via do concurso público, ressalvado os casos – sempre com específica e detalhada enunciação do legislador, não por ato normativo do Poder Executivo - de cargos de especial fidúcia política em funções de direção, chefia ou assessoramento.*

As denominações direção, chefia e assessoramento certamente não são unívocas e, por óbvio, não podem ser confundidas com tarefas rotineiras em que a dimensão política do exercício das funções administrativas não se apresenta com evidência. Porém, também entre si elas não são equivalentes. As duas primeiras pressupõem agentes liderados ou dirigidos e algum grau de subordinação de agentes administrativos comuns aos titulares de cargos de direção e chefia. Afinal, chefia nada mais é do que um grau de direção, sendo este último elemento inerente ao próprio conceito de chefia. As funções de assessoria, reversamente, indicam atividade auxiliar, de apoio e aconselhamento a dirigentes e autoridades, sem caráter decisório explícito, porém pressupõem nível superior de conhecimento técnico, domínio

41. (...) “Se a lei municipal faz constar na nomenclatura dos cargos as palavras “chefe”, “assessor” e “coordenador”, tal fato em nada autoriza deduzir estarem incluídos entre as hipóteses excepcionais permissivas dos cargos comissionados ou temporários contidas na Constituição Federal, repetidas na Carta Baiana. A simples menção no texto legal não tem o condão de transmutar a natureza dos cargos efetivos e de carreira em comissionados, devendo aqueles continuar a ser providos via concurso público, dadas as suas características inerentes. 3. Dúvida não há de que o anexo VI das Leis 003/2005 e 008/2005 do Município de Ribeira do Amparo traz desvio de finalidade nos cargos em comissão por ela criados, por possuírem atividades de natureza administrativa ou burocrática, puramente profissionais, típicas de cargos de provimento efetivo, enquanto que os de confiança destinam-se aos níveis de direção, chefia ou assessoramento. 4. Deve a lei especificar as atribuições para cada cargo que cria. (TJ-BA, Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 13543-6/2007, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça da BA, Relator: Des. PAULO FURTADO, Julgado em 24/10/2008)

42. “Agravamento regimental no agravo de instrumento. Lei municipal que criou cargos em comissão referentes a funções que não dependem de vínculo de confiança pessoal. Inadmissibilidade. Precedentes. 1. A criação de cargos em comissão referentes a funções para cujo desempenho não é necessária a confiança pessoal viola o disposto no art. 37, inciso II, da Constituição Federal. 2. Jurisprudência pacífica desta Suprema Corte nesse sentido. 3. Agravo regimental não provido” (STF, AI nº 309.399/SP-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe de 23/4/12).

especial sobre a área específica sobre a qual são exercitadas as atribuições do cargo.

Direção, chefia e assessoramento constituem limites materiais à criação de cargos em comissão porque exibem um núcleo mínimo de sentido objetivo. Não basta para legitimar a criação de cargos de provimento em comissão a demanda por uma especial fidúcia em face da autoridade – elemento subjetivo imprescindível, porém não suficiente para o atendimento do preceito constitucional. Como exceção ao concurso público, somente se justificam cargos comissionados ante o princípio da igualdade, da moralidade e da eficiência, se suas atribuições forem vinculadas a um conjunto especial de habilidades, aptidões e competências incomuns aos exercentes de funções burocráticas ou rotineiras. Cargos de provimento em comissão não são cargos criados para atender a caprichos da autoridade, como domínio privado submetido ao seu arbítrio e encravado no aparato burocrático do Estado. Essa é a visão ultrapassada e patrimonialista, ainda residente no inconsciente de muitos. São cargos legítimos apenas quando estruturados de forma a ampliar a capacidade de resposta administrativa às decisões políticas da autoridade pública, como instrumentos de preparação e tradução dessas decisões para os demais escalões da administração pública. Em termos mais modernos: os cargos em comissão, à luz dos princípios da administração pública, são legítimos quando exigem habilidades estratégicas e analíticas incomum, próprias de uma elite administrativa capaz de diagnosticar problemas, planejar programas, elaborar acordos, negociar com equipes e inovar em nível técnico, gerencial e estratégico. Os cargos em comissão são legítimos quando assumem funções de liderança pública e assessoramento superior da administração e exigem habilidades, aptidões e competências especiais de seus exercentes.

Os titulares de cargos em comissão são o elo de ligação entre os políticos e os agentes administrativos comuns, efetivos e permanentes do aparato do Estado. Não podem ser a maioria dos cargos públicos providos em qualquer órgão público permanente. Tampouco podem compor a única força de trabalho em órgãos públicos de atuação contínua. Não podem ser diretores e chefes sem dirigidos ou chefiados. Não podem ser assessores superiores sem domínio técnico algum ou detentores de domínio técnico incompatível com as funções exercidas. Não podem ser destituídos de qualquer capacidade de inovação e despreparados para o exercício das tarefas de liderança exigentes de seus cargos. Não basta o vínculo de confiança, pois a administração pública não é família, nem sociedade comercial, nem quadrilha. Essas limitações decorrem diretamente do texto constitucional, desde que percebido sob o prisma dos princípios republicanos e não sob o ângulo do ethos clientelista, cimentado em fidelidade, privilégio e obediência pessoal.

A emenda constitucional n. 19/98 enunciou a limitação material, mas não a desenvolveu com maior explicitação. Deixou de referir a necessária observância da proporcionalidade entre o número de cargos de provimento em comissão e o número de cargos efetivos nos órgãos públicos. Tampouco explicitou se essa proporcionalidade deve observar o número de cargos criados ou o número de cargos providos, pois seria fácil expediente ilusório criar grande número de cargos efetivos, mas não promover concursos públicos, limitando-se a prover os cargos em comissão. Embora esses limites implicitamente decorram da adoção do concurso público como regra de acesso aos cargos públicos, a ausência de uma explícita referência à proporcionalidade ensejou que em muitos órgãos, ainda hoje, a maior parte do quadro seja formado por agentes investidos precariamente, em cargos de confiança ou de provimento em comissão, muitos dos quais instituídos sem liame fiduciário intrínseco algum com a autoridade política e sem expressar qualquer atribuição objetiva de liderança pública ou assessoramento superior.⁴³

Embora também tenha avançado ao estabelecer a necessidade de um percentual mínimo de acesso interno aos cargos de provimento em comissão, com vistas a favorecer a nomeação para esses cargos de servidores de carreira ou servidores efetivos, a Emenda Constitucional n. 19/98 também não ofereceu parâmetros para esse mínimo percentual, entregando essa definição ao legislador ordinário que, como esperado, tem-

43. Em 2015, a Câmara de Vereadores de Salvador possuía nos seus quadros 908 (novecentos e oito) cargos em comissão e apenas 193 (cento e noventa e três) servidores efetivos. A desproporção foi objeto de censura pelo Tribunal de Contas dos Municípios em mais de um processo (Processos nos 30.846/11, 28.113/14, 11.495/16) e, posteriormente, pelo Ministério Público do Estado da Bahia, em sede de ação direta de inconstitucionalidade. Não se trata de fato isolado: apenas no Estado da Bahia, em apanhado ainda limitado, também receberam censura por absoluta desproporção no número de cargos de comissão criados as Câmaras Municipais de São Francisco do Conde (processo TCM no 30.071-11), de Lauro de Freitas (processo TCM no 30.294-11) e de Camaçari (processo TCM no 30.945-12). A Procuradora Geral de Justiça do Estado da Bahia tem ingressado com diversas ações diretas de inconstitucionalidade, inclusive sob o enfoque da desproporção manifesta entre o número de cargos de confiança e o número de cargos efetivos na municipalidade. Diversas ações já foram julgadas, todas com provimento do pedido formulado pelo Ministério Público do Estado. Destaco as decisões de mérito proferidas na ADI n 0009646-73.2010.8.05.0000 (Lei Municipal de Ribeira do Pombal), Rel. Des. ROSITA FALCÃO DE ALMEIDA MAIA, julgada em 13.03.2013, e a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.o 0013970-72.2011.8.05.0000 (Lei Municipal de Barrocas), Rel. Relator Des. ANTONIO PESSOA CARDOSO, julgada em 15.08.2012. No Supremo Tribunal Federal, destaco o pioneiro pronunciamento da Corte sobre o controle da proporcionalidade na criação de cargos em comissão explicitado no RE 365368 AgR, Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 22/05/2007, que comentarei adiante, bem como as decisões proferidas na ADI 4125, Rel. Min. CARMEN LÚCIA, j. 10/06/2010, e o RE 1010804 AgR, Rel.Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, j. em 30/06/2017.

se revelado desinteressado de estabelecer limites à influência da designação política, com raríssimas exceções.

Por outro lado, é equívoco e parece dizer menos do que pretende o enunciado do inciso II do art. 37, da Constituição, com a redação que lhe foi conferido pela Emenda 19/98. Não é apenas o concurso público que deve ser consentâneo com “a natureza e a complexidade do cargo ou emprego”. A investidura em qualquer cargo ou emprego público, de natureza efetiva, de provimento em comissão ou de provimento condicionado ou compartilhado, temporário ou permanente, deve ser consentânea à “natureza e a complexidade do cargo ou emprego”. A discricionariedade no provimento de cargos em comissão ou nos cargos de provimento condicionado ou compartilhado é discricionariedade estruturada, delimitada por ritos procedimentais e exigências materiais de avaliação. Demonstrada a falta de preenchimento de requisitos do cargo, inclusive técnicos, a investidura pode ser anulada, sendo frequente indício de nepotismo cruzado ou de erro de apreciação⁴⁴.

Essas insuficiências do texto constitucional reformado são meramente textuais, não normativas: é possível, como dito, extrair do texto constitucional alterado compreensão inovadora, quando o filtramos à luz dos princípios republicanos aplicáveis.

3 LIMITES JURÍDICOS FORMAIS E MATERIAIS ADICIONAIS DE INVOCAÇÃO CABÍVEL: SUGESTÕES LEGISLATIVAS

“L’amour de la république, dans une démocratie, est celui de la démocratie; l’amour de la démocratie est celui de l’égalité” (CH. MONTESQUIEU)

As exigências ético-jurídicas e republicanas da legalidade, igualdade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, razoabilidade e motivação podem ser invocadas tanto no controle da criação de cargos quanto no controle da investidura de agentes em cargos efetivos, de provimento vinculado ou de provimento condicionado, e cargos em comissão, de livre nomeação e livre exoneração.

44. Sobre a evolução do conceito de erro de apreciação, topos usual da doutrina francesa e europeia, que evoluiu do erro grosseiro (manifesto) para formas mais complexas e sutis de controle, consulte-se, entre outros: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. São Paulo: Atlas: 2012; JORDÃO, Eduardo. Controle Judicial de uma Administração Pública Complexa: A Experiência Estrangeira na Adaptação da Intensidade do Controle. São Paulo: Malheiros, 2016; SADDY, André. Limites à tomada de Decisão e Controle Judicial da Administração Pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016; PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Discricionariedade e Apreciações Técnicas da Administração. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 231, p. 217-267, jan./mar. 2003.

No plano prático, qual o significado desse entendimento para o debate sobre a legitimidade da criação e provimento de cargos em comissão? Muito já foi dito e explorado pela doutrina e pela jurisprudência, como antecipado: a) cargos em comissão não podem ser criados por decreto; b) atribuições dos cargos em comissão devem estar explicitadas em lei e não delegadas para enunciação em atos administrativos ou normativos infralegais; c) as atribuições legais previstas devem corresponder a funções de direção, chefia e assessoramento; d) as funções dos cargos em comissão, no domínio material referido, devem pressupor vínculo direto de fidúcia especial com a autoridade política; e) o provimento dos cargos comissionados não pode servir a nepotismo próprio ou cruzado; f) as habilidades, competências e aptidões associadas a cargos em comissão não podem atinar com o desempenho usual de tarefas rotineiras, técnicas e administrativas permanentes; g) há cargos de carreira que não podem ser definidos como cargos de assessoramento eventual ou superior por direta previsão constitucional ao concurso público (ex. Advogados Públicos, Procuradores Estaduais e Municipais, Art. 131 e 132, CRFB).

É certo que a classificação dicotômica cargos efetivos/cargos em comissão oculta distinções importantes e uma ampla variedade de situações previstas explicitamente na Constituição. Uma classificação mínima dos cargos públicos quanto à investidura deveria distinguir:

a) cargos efetivos, de investidura definitiva e provimento vinculado dependente da ordem de classificação em concurso público (regra geral do art. 37, II, da CRFB);

b) cargos efetivos, de investidura definitiva e provimento discricionário compartilhado ou condicionado à manifestação de mais de um órgão (v.g., escolha de desembargadores pelo quinto constitucional; escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, escolha dos membros dos Tribunais de Contas, entre outros);

c) cargos efetivos, de investidura provisória e mandato fixo, provimento discricionário e compartilhado ou condicionado à manifestação de mais de um órgão (v.g. escolha do Procurador Geral da República; escolha de diretores de agências reguladoras, entre outros);

d) cargos comissionados, de investidura provisória e precária, de provimento unilateral, exclusivamente para funções de direção, chefia e assessoramento (previsão da parte final do Art. 37, II, da CRFB);

Nas hipóteses “a” e “b” os agentes adquirem estabilidade ou vitaliciedade. Na hipótese “c”, adquirem estabilidade provisória ou cumprem mandato fixo, não sendo livremente demissíveis, salvo expressa previsão legal. Na hipótese “d” estão sujeitos à livre nomeação e livre

exoneração. Na hipótese “c” nem há livre nomeação, pois esta é compartilhada entre dois órgãos ou condicionada à aprovação de órgão de controle, nem exoneração livre. Na hipótese “b” a nomeação não é vinculada, não há concurso público, mas também não há livre nomeação, mas nomeação condicionada à manifestação de mais de um órgão (v.g, listas tríplices, aprovação do Senado, nos termos do Art. 52, III). Há repercussão dessa classificação no tema do nepotismo nos cargos públicos e também no debate sobre clientelismo no serviço público. Na matéria em análise não é possível distinguir apenas entre cargos efetivos/cargos em comissão, como ainda é usual na doutrina brasileira, pois o vício na discricção administrativa pode ocorrer também no provimento de cargos efetivos de provimento discricionário ou compartilhado.

Os cargos efetivos de provimento discricionário, por não terem investidura precedida de processo vinculado e objetivo, podem ensejar situações de desvio de poder tanto em sua criação quanto em seu provimento. O controle de legitimidade constitucional pode ser exercido sob o ângulo da razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, publicidade, entre outros parâmetros, embora não se trate propriamente de cargos de provimento em comissão de livre nomeação e exoneração. Recorde-se, por exemplo, a decisão do Supremo Tribunal Federal que sustou os efeitos da nomeação, após escolha realizada por votação da Assembleia Legislativa do Paraná, para o cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de Maurício Requião de Mello e Silva, irmão do então Governador do Estado do Paraná, Roberto Requião de Mello e Silva (STF, Rel 6702 MC-AgR, Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 04/03/2009, DJe-079 DIVULG 29-04-2009). Por igual, a polêmica e a liminar sustação da posse do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva como Ministro da Casa Civil da Presidência da República (STF, MS 34.070 e 34.071/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES). Por óbvio, o risco de desvio de poder é maior e o controle público deve ser ainda mais intenso quando se tratar de *cargos de provimento discricionário unilateral*, independentemente da qualificação do cargo como de natureza administrativa ou política.

Na verdade, a categoria “cargos políticos” não é uniforme quanto ao provimento e os riscos de desvio de poder. Como desenvolvi em trabalho anterior:

“Há cargos político-administrativos e cargos político-representativos. Nos primeiros – os cargos político-administrativos - os agentes são investidos por designação unilateral da autoridade superior, o provimento é precário e sem condicionamento procedimental, enquanto nos segundos – os cargos político-representativos - os agentes

são investidos por sufrágio, popular ou corporativo (isto é, realizado pelos próprios pares do investido) ou por concurso público, isto é, possuem provimento vinculado ou condicionado, definitivo ou a termo (exercem mandato). São situações completamente distintas, que exigem tratamento jurídico diferenciado. Nos primeiros cabe sempre avaliar a legitimidade da designação por eventual nepotismo ou favorecimento indevido, isto é, cabem sempre as restrições antinepotismo ou repressoras do desvio de poder (ex. cargos de Ministros de Estado, secretários estaduais e municipais); nos demais, por definição, nunca cabe cogitar de nepotismo ou desvio de poder, quando se tratar de provimento vinculado (nomeados por concurso público ou eleitos por sufrágio direto) ou pode caber apenas de forma residual quando se entregar à autoridade o exercício de discricionariedade reduzida em decisão final de processo de provimento condicionado (escolha discricionária de agente a partir de lista de candidatos formada originalmente por outros órgãos ou quando se tratar de designação de agentes sujeita à aprovação por órgão diverso).⁴⁵

Pode-se arguir que o ato de nomear alguém para cargo político-administrativo é, em si, também ato político, e supor que este fato deve inibir o controle jurisdicional. Trata-se de equívoco preso a tempos superados: é firme o entendimento do Supremo Tribunal Federal na admissão da “possibilidade de controle jurisdicional dos atos de caráter político, sempre que suscitada questão de índole constitucional” (STF, MS nº 26.41/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, DJe de 18/12/2009). Outro argumento ilusório é recusar a aplicação do desvio de poder para situações que envolvam a intervenção de diversos órgãos, quando se sabe que uma das modalidades clássicas de desvio de poder é o conluio entre autoridades e órgãos distintos para o fim de implementar ato com aparências de legalidade, mas viciado em sua finalidade oculta. Defendo, portanto, que se aplique integralmente a Súmula Vinculante 13 do STF para o provimento de cargos em comissão (em sentido estrito) e para o provimento de cargos político-administrativos, excluídos apenas da incidência da súmula os cargos efetivos de provimento vinculado, de acesso após concurso público, e os cargos político-representativos, de acesso por sufrágio direto, formas de provimento vinculado em que não há – ao menos em princípio – risco de desvio de poder ou perversão da finalidade administrativa.

45. Cf. MODESTO, Paulo. Nepotismo em cargos político-administrativos, In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. Direito e administração pública: estudos em homenagem a Maria Sylvania Zanella Di Pietro. São Paulo : Atlas, 2013, p. 260-298, ou In: Revista Brasileira de Direito Público RBDP, v. 14, n. 54, p. 35-49, jul./set. 2016, disponível também na internet: <http://bit.ly/desviopodercargo>

O provimento unilateral discricionário de cargo público administrativo somente se legitima quando a autoridade avalia concretamente as reais habilidades e competências exigidas do candidato a ascender às funções de direção, chefia e assessoramento nos órgãos públicos. Incide em omissão lesiva ao interesse público e erro de apreciação a autoridade que descuida dessa avaliação concreta e favorece candidatos sem a devida qualificação técnica e a idoneidade moral exigida, considerado apenas o critério da origem familiar ou da procedência partidária. A importância da adequada composição dos quadros de elite do serviço público em uma sociedade hipercomplexa não pode tolerar esse grave desvio cognitivo e essa arrematada improvisação administrativa. O nepotismo e o clientelismo desestimulam os servidores de carreira, favorecem a ineficiência e fragilizam os instrumentos de controle. O despreparo da elite administrativa dirigente afeta a qualidade do serviço público, a eficiência na gestão e, conseqüentemente, o resultado da atividade administrativa, acarretando graves danos aos cidadãos.

Não se diga com inteligência pedestre que a administrador foi autorizado a proceder com ampla liberdade no provimento de cargos em comissão. CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, em clássica lição, diferenciava a *discrição na norma* e a *discrição no caso concreto*. Para o mestre paulista, a existência de discricionariedade ao nível da norma não significa que no plano concreto a discrição admita alternativas decisórias com a idêntica amplitude. Em fórmula de síntese, escreveu que “a discrição suposta na regra de Direito é condição necessária, mas não suficiente, para que exista discrição no caso concreto; vale dizer, na lei se instaura a possibilidade da discrição, mas não uma certeza de que existirá em todo e qualquer caso abrangido pela dicção da regra”⁴⁶ Diante de alguém inapto ou impedido para o exercício das funções não resta decisão legítima senão recusar a nomeação. Não remanesce discricionariedade. Em concreto semelhante investidura caracterizaria vício. Ora, vícios de discricionariedade administrativa são vícios de ponderação ou de ausência de ponderação. A competência discricionária impõe o dever de avaliação séria, racional e equitativa entre interesses, valores e resultados previsíveis da decisão jurídico-administrativa e não pode ser manejada sem a consideração de premissas empíricas e de premissas jurídicas que delimitam a esfera legítima de seu exercício. Entre as premissas jurídicas necessárias ao exercício de qualquer competência administrativa discricionária estão os princípios republicanos da administração pública. Eles não autorizam a decisão arbitrária, que adote finalidade diversa da prevista no ordenamento jurídico

46. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 33ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 995.

ou com ele desconforme. Por certo, a decisão administrativa arbitrária ocorre em concreto e apenas em concreto. Decisões arbitrárias ou ilegítimas, por ausência de ponderação, deficiência de ponderação ou incorporação de elementos estranhos à ponderação prevista na norma de competência – nas modalidades desvio positivo ou negativo de ponderação, no dizer preciso de DAVID DUARTE⁴⁷. Por isso afirmei, em trabalho anterior, que o desvio de poder administrativo é “*violação contextual da lei*”⁴⁸

Mas há também o desvio de poder legislativo, infração parcialmente semelhante ao desvio de poder administrativo. O desvio de poder legislativo ocorre quando o legislador viola objetivamente a finalidade inerente à habilitação competencial que recebeu da Constituição, ainda quando aparente cumpri-la. Essa violação é perceptível quando se traduz em lei *irracional*, *desarrazoada* ou *desproporcional*. Embora esses sejam conceitos com acentuada ambiguidade doutrinária, podem e devem ser empregados com clareza analítica como exigências distintas e cumulativas. A racionalidade exige o respeito a elementos estruturais de consistência lógica, coerência semântica e axiológica, generalidade adequada e um mínimo de suporte normativo e empírico das disposições enunciadas na lei. A razoabilidade é a idoneidade e o equilíbrio exigido da finalidade normativa assumida pela lei ou implicitamente atendida por seus comandos. A proporcionalidade, por sua vez, a exigência de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito dos meios, da forma e das consequências jurídicas derivadas do diploma legal. O escrutínio judicial da legitimidade da lei serve-se de todos esses filtros ou testes normativos em doses variadas e conforme a matéria na busca de interditar a arbitrariedade e realizar positivamente o desiderato constitucional.⁴⁹

47. DUARTE, David. *Procedimentalização, Participação e Fundamentação*: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra: Almedina, 1996, p.454-466..

48. MODESTO, Paulo. *Desvio de Poder no Provimento Discricionário de Cargos Públicos*. In: Revista Brasileira de Direito Público- RBDP, v. 14, n. 54, p. 35-49, jul./set. 2016, disponível também na internet: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/paulo-modesto/desvio-de-poder-no-provimento-discricionario-de-cargos-publicos> Acesso em 12.06.2018.

49. A economia do texto exige fórmulas de síntese básicas, tributárias de múltiplas abordagens sobre os conceitos de racionalidade normativa, razoabilidade e proporcionalidade. Difícil precisar as suas fontes diretas depois de sucessivas leituras do rico instrumental analítico produzido nos últimos anos. Na temática aludida, recomenda-se consultar, pelo caráter didático ou de fácil acesso, conquanto divergentes em muitos aspectos, os trabalhos de ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 16 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015; LAURENTIIS, Lucas Catib de. *A proporcionalidade no direito constitucional: origem, modelo e reconstrução dogmática*. São Paulo: Malheiros Editores, 2017; TAVARES DA SILVA, Suzana. *Direitos Fundamentais na Arena Global*. 2ª ed. Universidade de Coimbra, 2014; PULIDO, Carlos Bernal. *O direito dos direitos: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais*. Trad. Thomas Rosa Bustamante. São Paulo: Marcial Pons, 2013; PULIDO, Carlos Bernal. *El Principio de Proporcionalidad y*

Em sede de controle abstrato da validade das leis que criam cargos em comissão esses elementos de controle da discricionariedade do legislador têm aplicação direta. Normas legais que criam cargos em comissão para funções técnicas rotineiras, assessoria comum e sem necessário vínculo de fidúcia com o exercente da autoridade, funções de direção e chefia sem corpo funcional para ser dirigido ou chefiado, traduzem claramente leis que sequer atendem a exigências de racionalidade normativa mínima, uma vez que violam às escâncaras a norma constitucional habilitante, que exige funções fidúciais de direção, chefia e assessoramento para legitimar a exceção ao concurso público como direito fundamental de todos ao acesso equitativo e igualitário aos cargos públicos. Ultrapassado esse filtro, o controlador pode avaliar ainda se o legislador ordinário, embora no curso da criação de cargos atinentes a funções de fidúcia especial e campo material próprio, atende a exigências de adequação (idoneidade do meio escolhido para satisfazer a fim constitucional legítimo), necessidade (adota medida menos gravosa ao direito fundamental restringido) e proporcionalidade em sentido estrito (obtem resultado benéfico superior aos malefícios ou restrições provocados por sua intervenção). Nessa tríplice avaliação, normas legais que multiplicam cargos de confiança e promovem desequilíbrio entre o número de cargos efetivos e cargos de direção e assessoramento superior, promovendo instabilidade do corpo funcional, grave prejuízo à eficiência da atividade administrativa, perda de memória dos órgãos atingidos e custos agravados para a despesa pública, podem merecer censura judicial, por eventualmente transformarem a exceção em regra, o excepcional em ordinário, ao elevar a patamar excessivo a transitoriedade do corpo funcional de órgãos e entidades. São comportamentos que podem revelar finalidade clientelista e não finalidade de armar a administração de elite dirigente capaz de favorecer a eficiência e a eficácia da gestão pública.

Pouco importa se o administrador ou o legislador visaram bons propósitos quando praticaram a infração finalística da norma de competência. O vício do desvio de finalidade é objetivo.⁵⁰

los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010; ALEXY, Teoría de la argumentación jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1981; JACKSON, Vicki C.; TUSHNET, Mark. Proportionality: New Frontiers, New Challenges. New York : Cambridge University Press, 2017; CANAS, Vitalino. O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controle dos Atos Legislativos. Coimbra: Almedina, 2017; QUEIROZ, Cristina. Justiça Constitucional. Lisboa: Petrony Editora, 2017; SANTOS, Gustavo Ferreira. O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

50. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, de modo preciso, ensina: “No desvio de poder o agente, ao manipular um plexo de poderes, evade-se do escopo que lhe é próprio,

Do exposto, resumido aqui ao máximo, colhe-se novas perspectivas para o controle da criação legal de cargos em comissão e para o controle do provimento abusivo de cargos em comissão. Trata-se de abordagem que não analisa apenas a compatibilidade do cargo criado com a esfera material objetiva de funções reservada ao legislador pelo Art. 37, V, da Constituição da República, mas a racionalidade, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito da própria intervenção legislativa e, subsequentemente, do provimento administrativo do cargo criado, recorrendo-se não apenas a uma análise de aspectos formais como também de aspectos materiais da decisão jurídica.

Nos Tribunais essa nova perspectiva de controle já conta com precedentes, que merecem registro e desenvolvimento ulterior. Identifico três linhas de resposta inovadora ao clientelismo administrativo realizado através do controle judicial sobre a criação e provimento de cargos em comissão:

- a) admissão de ação direta de inconstitucionalidade por omissão contra inércia do legislador na edição de lei reguladora dos percentuais mínimos de reserva dos cargos comissionados para provimento por servidores de carreira, às vezes com fixação de percentual judicial ante omissão reiterada do legislador;
- b) invalidação, por inconstitucionalidade, de leis de criação de cargos em número desproporcional ao quadro de cargos efetivos da unidade política ou órgão;
- c) desconstituição de investidura de agente sem qualificação técnica mínima ou idoneidade moral para o exercício de função de direção ou assessoramento superior na administração pública;

Cada uma das referidas medidas exigiria um artigo específico. Sob a ditadura do espaço, resumo apenas o essencial sobre cada uma delas e invoco breve exemplo concreto.

A primeira tem sido explorada em sucessivas decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo⁵¹. Na ausência de fixação legal competente

ou seja, extravai-se da finalidade cabível em face da regra em que se calça. Em suma: o ato maculado deste vício direciona-se a um resultado diverso daquele ao qual teria de apontar ante o objetivo da norma habilitante. Há, então, um desvirtuamento de poder, pois o Poder Público, como de outra feita averbamos, falseia, deliberadamente ou não, com intuítos subalternos ou não, aquele seu dever de operar o estrito cumprimento do que se configuraria, ante o sentido da norma aplicada, como o objetivo prezável e atingível pelo ato. Trata-se, pois, de um vício objetivo, pois o que importa não é se o agente pretendeu ou não discrepar da finalidade legal, mas se efetivamente dela discrepou. (Curso de Direito Administrativo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p.1012).

51. Entre dezenas de processos, cabe referir alguns mais recentes: ADI por Omissão nº 2053959-

o Tribunal tem adotado o percentual mínimo de 50% das vagas como de reserva necessária para servidores de carreira.⁵² Essa orientação é uniforme em todas as últimas decisões da corte.

A segunda medida encontrou aplicação em diversos Tribunais estaduais e no próprio STF. A declaração de inconstitucionalidade de leis que criam quantidades excessivas e desproporcionais de cargos comissionados em relação ao número de cargos de provimento efetivo no órgão ou no ente federado ganhou atenção após a pioneira decisão do Supremo Tribunal Federal no Agravo Regimental do RE 365368, julgada em 2007, Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI. A decisão recebeu a seguinte ementa:

EMENTA: AGRAVO INTERNO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ATO NORMATIVO MUNICIPAL. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. OFENSA. INCOMPATIBILIDADE ENTRE O NÚMERO DE SERVIDORES EFETIVOS E EM CARGOS EM COMISSÃO. I - Cabe ao Poder Judiciário verificar a regularidade dos atos normativos e de administração do Poder Público em relação às causas, aos motivos e à finalidade que os ensejam. II - **Pelo princípio da proporcionalidade, há que ser guardada correlação entre o número de cargos efetivos e em comissão, de maneira que exista estrutura para atuação do Poder Legislativo local.** III - Agravo improvido. (STF, RE 365368

56.2017.8.26.0000, Rel. Des. PÉRICLES PIZA. Julgado em 30.08.2017; ADI por Omissão nº 2053940-50.2017.8.26.0000, Rel. Des. ÁLVARO PASSOS, julgado em 31.03.2017; ADI por Omissão nº 2053802-83.2017.8.26.0000, Relator Des. XAVIER DE AQUINO, Julgado em 09.08.2017, ADI por Omissão nº 20538963120178260000, Rel. Des. AMORIM CANTUÁRIA, julgamento 16 de Agosto de 2017.

52. A orientação, seguida por todos os precedentes referidos, pode também ser confirmada em recente decisão: “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. AÇÃO PROCEDENTE. Artigo 115, inciso V, da Constituição Estadual, norma de eficácia limitada, já que a previsão constitucional é de que a lei preveja as condições e percentuais mínimos para que os cargos em comissão, destinados às atribuições de direção, assessoramento e chefia, sejam preenchidos por servidores de carreira. Ausência de norma municipal que discipline o conteúdo determinado pela norma constitucional e que se aplique a todos os servidores municipais – do Poder Executivo e da Câmara Municipal –, havendo omissão a ser declarada. Não tendo, pois, o Poder Executivo e o Poder Legislativo de Itapira, após mais de 10 anos da edição da Emenda nº 21/2006, se desincumbido de sua obrigatoriedade de disciplinar o artigo 115, inciso V, da Constituição Estadual, prevendo o percentual mínimo de cargos em comissão a serem providos exclusivamente por servidores ocupantes de cargos efetivos, deve ser declarada a mora legislativa, devendo ser fixado prazo de 180 dias, da data do julgamento desta ação, para que seja superada tal lacuna, nos termos do artigo 12-H, caput, e § 1º, da Lei 12.063/09. Caso superado o prazo fixado e os Poderes competentes permaneçam inertes, fixa-se o percentual mínimo de 50% para preenchimento dos cargos em comissão por servidores públicos efetivos, tudo com base em remansoso entendimento deste Órgão Especial. (TJSP, Proc. 2152267-30.2017.8.26.0000, ADI, Rel. Des. ALEX ZILENOVSKI, Órgão Especial, Data do julgamento: 13/12/2017, Data de publicação: 14/12/2017, Data de registro: 14/12/2017)

AgR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 22/05/2007, DJe-047 DIVULG 28-06-2007 PUBLIC 29-06-2007 DJ 29-06-2007 PP-00049 EMENT VOL-02282-08 PP-01545 RTJ VOL-00204-01 PP-00385) (Grifo nosso).

O acórdão referido tocou em ponto sensível, surpreendendo a incongruência de quadros de pessoal constituídos amplamente por servidores transitórios e instáveis. A prevalência de um corpo funcional instável e temporário ofende a racionalidade do sistema administrativo, pois converte a exceção em regra por simples ausência de parâmetro numérico ou quantitativo preciso. O concurso público passa a ser ocorrência episódica; a nomeação discricionária, a regra. Há quadros de pessoal hoje, em diversos órgãos estaduais e municipais, compostos por 80 a 90% de servidores comissionados. A desproporção na matéria, se não for reprimida, converte as garantias constitucionais dos servidores de carreira em verdadeiro castelo de areia.

Compreendo que o sistema constitucional exige situação oposta e que constitui fraude ao regime constitucional dos agentes administrativos e burla ao concurso público a predominância acentuada de cargos em comissão no quadro de pessoal dos órgãos públicos. Salvo em situações excepcionais de órgãos temporários, criados para atividades especiais de direção e coordenação de outros órgãos⁵³, é intuitivo que o número de servidores efetivos deve ser superior aos comissionados transitórios para que a memória administrativa seja preservada, práticas sejam institucionalizadas e funções de direção, chefia e assessoramento superior possam ter sentido real sobre corpo funcional tendente à permanência. É um *non sense* jurídico a aceitação como algo ordinário da preponderância de cargos de direção sem dirigidos, chefes sem chefiados, assessores que decidem sozinhos sobre os mais diversos assuntos de órgãos públicos permanentes.

A desproporção como burla também foi reconhecida expressamente pelo STF na decisão da ADI 4125/TO, Rel. Min. CÂRMEN LÚCIA, j. 10-6-2010, P, DJE de 15-2-2011, referida anteriormente, que criou milhares de cargos de provimento em comissão.⁵⁴

53. É o caso dos cargos criados pela Medida Provisória 826/2018, que criou 67 cargos de apoio ao gabinete de intervenção federal no Rio de Janeiro. A MP criou o cargo de interventor federal, 2 cargos DAS-6, 15 cargos DAS-5, 6 cargos DAS-3 e 28 funções comissionadas do Poder Executivo (FCPEs).

54. (...) O número de cargos efetivos (providos e vagos) existentes nos quadros do Poder Executivo tocantinense e o de cargos de provimento em comissão criados pela Lei n. 1.950/2008 evidencia a inobservância do princípio da proporcionalidade. 4. A obrigatoriedade de concurso público, com as exceções constitucionais, é instrumento de efetivação dos princípios da igualdade, da impessoalidade e da moralidade administrativa, garantidores do acesso aos cargos públicos aos

É certo que a temática merece maior aprofundamento. Do mesmo modo que não basta exigir certo percentual abstrato de cargos comissionados reservados a servidores de carreira, admitindo simples equilíbrio mínimo, sem considerar diferentes escalas hierárquicas, também a desproporção não deve considerar apenas os cargos criados, mas os efetivamente providos, evitando o expediente de contabilidade criativa de criar cargos efetivos por lei e não os prover mediante concurso público, cuidando de investir servidores apenas em cargos de confiança, mantendo o desequilíbrio real. É preciso diferenciar níveis e estabelecer proporção entre cargos efetivamente providos e não apenas percentuais abstratos de cargos.

Deve ser denunciada e controlada a omissão do legislador ordinário na fixação

(a) de uma proporção de cargos de provimento em comissão e cargos efetivos, inclusive diferenciação entre níveis na escala decisória (é aceitável maior número de *outsiders* nos níveis mais elevados e maior número de *insiders* nos níveis mais baixos da escala hierárquica);

(b) de um detalhamento adequado do nível de escolaridade e formação técnica necessária para cargos de chefia, direção e assessoramento, cujo perfil, diante das elevadas atribuições que devem exercer, exige qualificação incomum e preparação técnica suficiente para as funções a desempenhar.

A segunda forma de omissão legal, atinente as exigências de escolaridade e preparo técnico exigíveis dos agentes em cargos de provimento em comissão, também tem desafiado o controle jurisdicional. Em sede de controle sobre a legitimidade da nomeação de agentes para cargos político-administrativos, mesmo adotando concepção casuística e ainda limitada, o STF tem considerado o despreparo técnico do nomeado fator caracterizador de nepotismo vedado.⁵⁵ Em alguns casos, a ausência de “justificativa de natureza profissional, curricular ou técnica para a nomeação

cidadãos. A não submissão ao concurso público fez-se regra no Estado do Tocantins: afronta ao art. 37, inc. II, da Constituição da República.(...) (STF, ADI 4125, Relatora Min. CARMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 10/06/2010, DJe-030 DIVULG 14-02-2011 PUBLIC 15-02-2011 EMENT VOL-02464-01 PP-00068)

55. “(...) A desconstituição de ato de nomeação para cargos políticos com fundamento na vedação da prática de nepotismo deve ser tomada no caso concreto, perante autoridade competente para proceder à análise das circunstâncias fáticas referentes à aptidão técnica do agente político, com a instauração do devido processo legal e a observância dos postulados da ampla defesa e do contraditório, o que é inviável na via da reclamatória, sob pena de se subverter a natureza estrita da competência originária do STF - a qual está fixada, em numerus clausus, no rol do art. 102, inciso I, da Constituição Federal (vide Pet nº 1.738/MG-AgR, Relator o Ministro CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, DJ de 1º/9/99), exigindo-se, para conhecimento da reclamação, a aderência estrita do objeto do ato reclamado ao conteúdo do paradigma.(...) (STF, Rcl 27944 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 07/11/2017, DJe-261 DIVULG 16-11-2017 PUBLIC 17-11-2017).

do parente ao cargo de secretário” tem sido considerada elemento indiciário suficiente do abuso no exercício da discricção administrativa, de modo a autorizar o afastamento cautelar de agente nomeado por parente em cargo político⁵⁶.

A exigência de nível superior para os designados a funções de direção, chefia e assessoramento também tem recebido atenção legislativa recente, inclusive de alteração do texto constitucional.⁵⁷

O novo estatuto das empresas estatais, Lei 13.303/2016, também nominado de “Lei de Responsabilidade das Estatais” ou apenas “Lei das Estatais”, é claro ao exigir da alta administração das empresas estatais:

a) requisitos cumulativos de

(1) reputação ílibada,

(2) notório conhecimento e tempo de experiência

56. É neste sentido o pronunciamento do Min. JOAQUIM BARBOSA, na Rcl 12.478-MC/DF, que considerou sem “justificativa de natureza profissional, curricular ou técnica” a nomeação de agente ao cargo de Secretário Municipal de Educação: “Assim, em linha com o afirmado pelo reclamante, tenho que os acórdãos proferidos por este Supremo Tribunal Federal no RE 579.951 e na medida cautelar na Rcl 6.650 não podem ser considerados representativos da jurisprudência desta Corte e tampouco podem ser tomados como reconhecimento definitivo da exceção à súmula vinculante 13 pretendida pelo município reclamado. Bem vistas as coisas, o fato é que a redação do verbete não prevê a exceção mencionada e esta, se vier a ser reconhecida, dependerá da avaliação colegiada da situação concreta descrita nos autos, não cabendo ao relator antecipar-se em conclusão contrária ao previsto na redação da súmula, ainda mais quando baseada em julgamento proferido em medida liminar. Registro, ainda, que a apreciação indiciária dos fatos relatados, própria do juízo cautelar, leva a conclusão desfavorável ao reclamado. É que não há, em passagem alguma das informações prestadas pelo município, qualquer justificativa de natureza profissional, curricular ou técnica para a nomeação do parente ao cargo de secretário municipal de educação. Tudo indica, portanto, que a nomeação impugnada não recaiu sobre reconhecido profissional da área da educação que, por acaso, era parente do prefeito, mas, pelo contrário, incidiu sobre parente do prefeito que, por essa exclusiva razão, foi escolhido para integrar o secretariado municipal.(..) Ante o exposto, defiro a cautelar pleiteada pelo reclamante para determinar o afastamento de Lenine Rodrigues Lima do cargo de secretário estadual de educação do município de Queimados, até o julgamento final da presente reclamação.(STF, Rcl 12478 MC, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, julgado em 03/11/2011, DJe-212 DIVULG 07/11/2011 PUBLIC 08/11/2011)

57. Na Câmara dos Deputados, em 26/08/2015, o deputado IRAJÁ ABREU (PSD/TO) apresentou a PEC 119/2015, destinada a inserir § 13 ao art. 37 da Constituição Federal, a fim de estabelecer a exigência da conclusão de curso de graduação (nível superior) para o exercício das funções de confiança e os cargos em comissão que se destinam às atribuições de direção e chefia dos Poderes Executivo e Legislativo. A proposta foi aprovada na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania em 6.12.2017, mas até o momento não foi constituída a Comissão Especial para continuidade da tramitação da Proposta. No Senado, tramita a PEC 110, proposta em 13/08/2015 pelo Senador AÉCIO NEVES (PSDB/MG), destinada a alterar a Constituição Federal e estabelecer limite máximo de 1/10 para o quantitativo de cargos em comissão em face dos cargos efetivos de cada órgão e reserva do percentual mínimo de 50% dos cargos em comissão para ocupantes de cargo efetivo, porém ressalva de ambos os limites os cargos de assessoramento direto a detentores de mandato eletivo, Ministros de Estado, Secretários de Estado e Secretários Municipais. Estabelece ainda que o provimento dos cargos em comissão e funções de confiança será precedido de processo seletivo público.

profissional⁵⁸,

(3) formação acadêmica compatível com o cargo e

(4) ausência de hipótese de inelegibilidade previstas em lei para a assunção de cargos no Conselho de Administração e de diretor, inclusive presidente, diretor-geral e diretor presidente de empresas estatais (Art. 17);

b) veda-se ainda a indicação, para o Conselho de Administração e para a diretoria

(1) de representante do órgão regulador ao qual a empresa pública ou a sociedade de economia mista está sujeita, de Ministro de Estado, de Secretário de Estado, de Secretário Municipal, de titular de cargo, sem vínculo permanente com o serviço público, de natureza especial ou de direção e assessoramento superior na administração pública, de dirigente estatutário de partido político e de titular de mandato no Poder Legislativo de qualquer ente da federação, ainda que licenciados do cargo, incluídos parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau dos agentes mencionados;

(2) de pessoa que atuou, nos últimos 36 (trinta e seis) meses, como participante de estrutura decisória de partido político ou em trabalho vinculado a organização, estruturação e realização de campanha eleitoral;

(3) de pessoa que exerça cargo em organização sindical;

(4) de pessoa que tenha firmado contrato ou parceria, como fornecedor ou comprador, demandante ou ofertante, de bens ou serviços de qualquer natureza, com a pessoa político-administrativa controladora da empresa pública ou da sociedade de economia mista ou com a própria empresa ou sociedade em período inferior a 3 (três) anos antes da data de nomeação;

(5) de pessoa que tenha ou possa ter qualquer forma de conflito de interesse com a pessoa político-administrativa controladora da empresa pública ou da sociedade de economia mista ou com a própria empresa ou sociedade.

58. A experiência profissional é demonstrada quando satisfeito, alternativamente, o requisito de (a) 10 (dez) anos, no setor público ou privado, na área de atuação da empresa pública ou da sociedade de economia mista ou em área conexa àquela para a qual forem indicados em função de direção superior; (b) 4 (quatro) anos ocupando pelo menos cargo de direção ou de chefia superior em empresa de porte ou objeto social semelhante ao da empresa pública ou da sociedade de economia mista, entendendo-se como cargo de chefia superior aquele situado nos 2 (dois) níveis hierárquicos não estatutários mais altos da empresa; cargo em comissão ou função de confiança equivalente a DAS-4 ou superior, no setor público ou cargo de docente ou de pesquisador em áreas de atuação da empresa pública ou da sociedade de economia mista e, por fim, (c) 4 (quatro) anos de experiência como profissional liberal em atividade direta ou indiretamente vinculada à área de atuação da empresa pública ou sociedade de economia mista (Art. 17, I, Lei 13.303/2016).

Por fim, segundo a Lei 13.303/2016, os administradores eleitos devem participar, na posse e anualmente, de treinamentos específicos sobre legislação societária e de mercado de capitais, divulgação de informações, controle interno, código de conduta, a Lei no 12.846, de 1º de agosto de 2013 (Lei Anticorrupção), e demais temas relacionados às atividades da empresa pública ou da sociedade de economia mista. (Art. 17, § 4º).

Pergunta-se: há cabimento em continuar a sustentar que os dirigentes das empresas estatais sejam selecionados com as restrições e cautelas referidas e os seus supervisores, na administração direta, sejam escolhidos sem exigência de qualquer grau de escolaridade e capacitação técnica? A resposta deve ser designadamente negativa.⁵⁹ Mesmo na administração direta, e em face dos ocupantes de cargos públicos e não de empregos, se a lei exige que até o Presidente de Comissão processante tenha nível de escolaridade superior ou equivalente ao servidor investigado (como ocorre na União, Art. 149 da Lei 8112/90), como aceitar que o dirigente maior, que decidirá pela instauração da comissão processante possa ostentar escolaridade inferior ao do servidor investigado? O disparate da criação de cargos de direção, chefia e assessoramento de nível médio ou fundamental na administração direta ou a investidura de agentes de nível médio ou fundamental em cargos de comissão no silêncio da lei parece evidente em termos sistêmicos.

Na doutrina, embora predomine o silêncio sobre a matéria, estudiosos tem cobrado maior rigor no *controle da qualificação dos nomeados para cargos em comissão*. RITA TOURINHO, por exemplo, destaca que “o comissionamento em cargo público deve ser pautado na qualificação profissional do comissionado, ou seja, no merecimento que apresenta para o desempenho da função pública e não em qualificação patronímica, como continua a ocorrer nos dias atuais”.⁶⁰ MARÇAL JUSTEN FILHO convoca, na matéria, a própria evolução do conceito jurídico de discricionariedade:

“A aplicação das teses mais recentes acerca da discricionariedade conduz à reprovação de atos de investidura em cargos em comissão fundados na pura e simples preferência subjetiva do governante. Seria possível reconhecer como válida a decisão de nomear um sujeito simplesmente por compartilhar o mesmo partido político? Pode-se reputar como compatível com o sistema constitucional vigente a concepção de que um cargo em

59. Em sentido contrário, considerando caber unicamente à lei estabelecer ou não requisito de escolaridade, cf. CAMMAROSANO, Márcio. Cargos em Comissão – algumas reflexões em face de limites constitucionais e da orientação do STF, ob. cit., p. 361.

60. TOURINHO, Rita. *Concurso público no ordenamento jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.28.

confiança possa vir a ser ocupado por um sujeito destituído de qualquer predicado objetivo? É possível nomear para cargo em comissão um parente, se destituído de qualquer habilitação, capacitação ou virtude necessárias ao desempenho da função pública? A resposta apenas pode ser negativa.⁶¹

Cargo em comissão é aquele que pressupõe do titular a confiança ou a fidúcia da autoridade. Mas é também aquele que exige qualificação especial de seus titulares para que se legitime, em termos constitucionais, como exceção justificada à regra do concurso público e forma adequada de melhor desempenho de funções estatais. A investidura nos cargos em comissão é precária, mas a designação deve ser materialmente fundada e não simplesmente arbitrária.

Por isso, sugere-se, ao legislador ordinário, entre outras medidas:

- (1) a fixação objetiva de percentuais máximos para o quantitativo de cargos de provimento em comissão em face do total de cargos efetivos em cada órgão ou entidade administrativa permanente;
- (2) a definição de limites mínimos precisos de investidura obrigatória de servidores de carreira em cargos de provimento em comissão, admitindo-se ampliação progressiva dos cargos de acesso externo na medida da elevação da escala hierárquica;
- (3) transformação dos cargos comissionados de nível mais elementar em funções de confiança, pois escassa ou ausente a especial fidúcia que todo cargo de provimento em comissão deve ostentar;
- (4) a generalização das cautelas quanto a conflitos de interesses e de exigências de qualificação técnica e profissional para os cargos em comissão, em cada unidade da Federação, utilizando-se como base de inspiração as normas constantes da nova lei das estatais (Lei 13.303/2016);
- (5) vedação completa do chamado 'dízimo partidário', contribuição percentual realizada por nomeados para cargos em comissão sobre o valor de seus vencimentos em favor da agremiação política a que se vinculam, laço econômico de evidente cariz patrimonial, que apenas incentiva o loteamento dos cargos comissionados e o contínuo aumento de seu número ou de sua remuneração;
- (6) tipificação como crime de peculato a utilização de servidor comissionado para atividade privada, hoje conduta

61. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 11ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 956.

penal atípica, salvo para Prefeitos Municipais, pois, em relação a estes, existe previsão em lei, que torna punível a conduta do Chefe do Executivo local que se utiliza, “indevidamente, em proveito próprio ou alheio, de bens, rendas ou serviços públicos” (Decreto-lei n° 201/67, art. 1º, II, “in fine”);

(7) criação de banco de talentos e de ações permanentes de identificação, formação e capacitação de agentes públicos vocacionados ao exercício de liderança ou ao assessoramento superior, à luz de critérios de gestão por competência e validação de competências declaradas;

(8) nos projetos de lei de criação dos cargos de provimento em comissão, requerer o detalhamento das habilidades, conhecimentos e atitudes exigidas de seus futuros titulares e não apenas a enunciação abstrata de funções de direção, chefia e assessoramento;

(9) adoção de processos de seleção simplificados nos níveis intermediários, que assegurem o respeito ao princípio da impessoalidade e valorizem o banco de talentos disponível em cada órgão, sem embargo de seu possível afastamento para ingresso de candidatos externos de especial qualificação, à luz de perfis de competência previamente conhecidos;

(10) a vedação ao nepotismo, independentemente do caráter político ou administrativo do cargo de provimento em comissão, sempre que a designação resultar do exercício de competência discricionária e não de processo de escolha vinculado (concurso público ou eleição direta)

Essas medidas podem ser estabelecidas por lei de iniciativa parlamentar, sem violar a iniciativa reservada do Poder Executivo para leis sobre regime jurídico dos servidores públicos (Art. 61, § 1º, II, c, da CRF88). Fixar percentuais máximos de cargos comissionados em face do total de cargos efetivos e percentuais mínimos de cargos de confiança de acesso restrito ou privativos de servidores de carreira, além de exigências de escolaridade, qualificação técnica ou certificação ocupacional prévia, é dispor sobre o direito fundamental de igualitário acesso a cargos públicos e sobre exigências derivadas dos princípios da administração pública. Não por acaso, os Tribunais têm chancelado como constitucionais normas legais de iniciativa parlamentar que disciplinam a vedação ao nepotismo em cargos de provimento em comissão ou que regulam as condições de acesso aos cargos públicos. Nessa linha, dispor sobre as condições de acesso aos cargos é dispor sobre “momento anterior” à disciplina do regime dos servidores públicos, pois significa dispor sobre “condição para se chegar à investidura em cargo público” e não sobre a relação jurídica funcional

dos agentes investidos em cargo face à Administração Pública. Foi essa a fundamentação adotada, de forma sutil e pioneira, pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 2672-ES.⁶²

Curiosamente, algumas das medidas sugeridas, aparentemente de difícil implementação, nada mais são do que a concretização do quanto estabelecido no art. 94 do Decreto-Lei nº 200, de 1967:

Art. 94. O Poder Executivo promoverá a revisão da legislação e das normas regulamentares relativas ao pessoal do Serviço Público Civil, com o objetivo de ajustá-las aos seguintes princípios:

.....

V - Constituição de quadros dirigentes, mediante formação e aperfeiçoamento de administradores capacitados a garantir a qualidade, produtividade e continuidade da ação governamental, em consonância com critérios éticos especialmente estabelecidos.

VI - Retribuição baseada na classificação das funções a desempenhar, levando-se em conta o nível educacional exigido pelos deveres e responsabilidade do cargo, a experiência que o exercício deste requer, a satisfação de outros requisitos que se reputarem essenciais ao seu desempenho e às condições do mercado de trabalho.

.....

XI - Instituição, pelo Poder Executivo, de reconhecimento do mérito aos servidores que contribuam com sugestões, planos e projetos não elaborados em decorrência do exercício de suas funções e dos quais possam resultar aumento de produtividade e redução dos custos operacionais da administração.

Como bem assinala ADILSON ABREU DALLARI, “a garantia da acessibilidade ao serviço público é um direito fundamental do cidadão”, direito ancorado “a partir do próprio art. 1º da Constituição Federal, que

62. CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 6.663, DE 26 DE ABRIL DE 2001, DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. O diploma normativo em causa, que estabelece isenção do pagamento de taxa de concurso público, não versa sobre matéria relativa a servidores públicos (§ 1º do art. 61 da CF/88). Dispõe, isto sim, sobre condição para se chegar à investidura em cargo público, que é um momento anterior ao da caracterização do candidato como servidor público. Inconstitucionalidade formal não configurada. (...) Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. (STF - ADI: 2672 ES, Relator: Min. ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 22/06/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 10-11-2006 PP-00049 EMENT VOL-02255-02 PP-00219 RTJ VOL-00200-03 PP-01088). Confirma também ADI 2.225, Pleno, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, J. 21.08.2014. Dje 29.10.2014).

consagra o princípio republicano, o qual não admite castas ou classes de cidadãos”.⁶³

Não por coincidência, trata-se de direito fundamental consagrado solenemente na *Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10.12.1948*: “*Todo ser humano tem igual direito de acesso ao serviço público de seu país*” (Artigo 21, 2).

CONCLUSÃO

Superar, do latim *superare*, tanto pode significar vencer, subjugar, quanto assumir qualidade superior em juízo de comparação ou ainda ultrapassar obstáculo ou dificuldade.

Ao olhar para o retrovisor da história, analisando práticas concretas e reações judiciais a práticas arraigadas na administração pública, contata-se que o controle judicial do clientelismo foi ampliado nesses trinta anos de vigência da Constituição da República de 1988 nos tribunais e começa a ser objeto de atenção direta do legislador.

Foram os Tribunais, sobretudo o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais de Justiça dos Estados, quase sempre em sede de controle concentrado de constitucionalidade e, em menor dimensão, nas ações de improbidade e ações populares, que assumiram a tarefa de reagir inicialmente à proliferação de cargos de provimento em comissão e a nomeações espúrias envolvendo parentes e pessoas desqualificadas tecnicamente para assumir postos de liderança administrativa e assessoramento superior da Administração Pública. Papel de relevo também foi desempenhado pelo Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público.

Mas o clientelismo não foi vencido ou subjogado. No nosso tempo histórico, caracterizado pelo incremento da complexidade material e estrutural da Administração Pública, ainda são frequentes os pactos de mediocridade e os pactos de interesse, que utilizam os cargos administrativos como moeda de troca em acordos políticos. Apenas em alguns segmentos, como as estatais, depois de monumentais episódios de corrupção, passou-se a exigir para os indicados a empregos de confiança (a) tempo mínimo de função ou efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos demandados pelo cargo; (b) análise de conflito de interesses e avaliação de riscos da nomeação pela administração pública; (c) análise dos indicados por comitê de seleção e outras cautelas referidas neste trabalho.

63. DALLARI, Adilson Abreu. Princípio da Isonomia e Concursos Públicos. In: MOTTA, Fabrício (org). Concurso Público e Constituição. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 91-92.

O importante para superar em alguma medida o problema é compreender o fenômeno do clientelismo persistente em suas mais variadas manifestações, sem simplificações excessivas, e indicar caminhos de resposta e de contestação judicial cabíveis. Outro vetor é aumentar os custos políticos e administrativos da aposta no clientelismo e reduzir os incentivos à sua reprodução. Fenômenos como o dízimo partidário dos ocupantes de cargos comissionados, cujos titulares sejam indicados por vínculos de filiação partidária, não devem ser admitidos nem facilitados administrativamente, pois apenas estimulam o loteamento do Estado e a contínua criação de cargos de provimento em comissão, base para ampliação direta da receita dos Partidos Políticos. O peculato-desvio também deve ser melhor disciplinado e reprimido. Processos seletivos para cargos de provimento em comissão, ou de prévia formação de quadros certificados de servidores ou indivíduos elegíveis para determinados cargos, podem contribuir também para reduzir situações de descompasso técnico grave entre agentes de direção e agentes dirigidos.

Podemos ser otimistas com alguns avanços institucionais dos últimos anos, mas não podemos ser passivos ou ingênuos. Não devemos tolerar a criação de cargos públicos sem finalidade pública ou o provimento de cargos realizada de forma indiferente aos princípios gerais da Administração Pública. Quem sofre de modo imediato com o loteamento patrimonial e clientelista do Estado não é a classe média, ou os mais privilegiados, mas os que precisam de serviços públicos essenciais e que suportam em cada produto comprado o peso do custo do Estado. Não se trata de uma questão moral, porém de uma imposição jurídica. É manifesta a violação ao princípio da eficiência e à moralidade administrativa da investidura de agente sem preparo ou habilitação técnica para exercer funções de direção, chefia e assessoramento ou a aceitação de requisitos de qualificação ou escolaridade incompatíveis com a natureza e complexidade das funções do cargo público. Infringe o princípio da razoabilidade das leis a criação arbitrária de cargos em comissão em número superior ao de cargos efetivos ou em percentual que possa comprometer a estabilidade institucional da Administração Pública ou sua atuação profissional e permanente. Velar pela redução das múltiplas formas de apropriação do Estado por exercentes transitórios do Poder é obrigação republicana, de ontem, de hoje e provavelmente continuará a ser tarefa urgente e mobilizadora no futuro. (Salvador, 03.07.2018).

DOCTRINA REFERIDA

DALLARI, Adilson Abreu. Princípio da Isonomia e Concursos Públicos. In: MOTTA, Fabrício (org). Concurso Público e Constituição. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

ALEXY, Teoría de la argumentación jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1981.

AMARAL, Maria Lucia. A Forma da República. Coimbra: Almedina, 2012, p. 127.

ATALIBA, Geraldo. República e Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

AVELINO FILHO, George. “Clientelismo e Política no Brasil: revisitando velhos problemas”. In: Novos Estudos CEBRAP, n. 38, março, 1994.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. 16 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de Direito Administrativo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

CAMMAROSANO, Márcio. Cargos em Comissão – algumas reflexões em face de limites constitucionais e da orientação do STF. In: PEREIRA, F. H. CAMMAROSANO, M. SILVEIRA, M. P. ZOCKUN, M (orgs). O direito administrativo na jurisprudência do STF e do STJ: homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

CAMMAROSANO, Márcio. Provimento de cargos públicos no Direito Brasileiro. São Paulo: RT, 1984.

CANAS, Vitalino. O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controlo dos Atos Legislativos. Coimbra: Almedina, 2017.

CARDOZO, José Eduardo. A Máfia das Propinas: investigando a corrupção em São Paulo. São Paulo: Ed. Fundação Percecu Abramo, 2000.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CATROGA, Fernando. Ensaio Republicano. Lisboa, Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2011.

CICERO, Marco Túlio. *Dos Deveres*. Trad. Angélica Chiapeta. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 43.

CICERO, Marco Tulio. *Obras Escogidas*. Buenos Aires: Livraria “El Ateneo” Editorial, 1951.

DALLARI, Adilson Abreu. *Princípio da Isonomia e Concursos Públicos*. In: MOTTA, Fabrício (org). *Concurso Público e Constituição*. Belo Horizonte, Fórum,

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas: 2012.

DUARTE, David. *Procedimentalização, Participação e Fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*. Coimbra: Almedina, 1996.

EISENSTADT, S. N.. RONIGER, L. *Patrons, clients, and friends: interpersonal relations and the structure of trust in society*. Cambridge: Cambridge University Press, 1984.

FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder. Formação do Patronato Político Brasileiro*. São Paulo: Globo, 1998. GRAHAM, Richard. *Clientelismo e Política no Brasil no Século XIX*. Rio de Janeiro: UFRJ, 1997.

FERREIRA, Sérgio de Andrea. *Comentários à Constituição*. 3º.vol. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991.

FERRES JÚNIOR, João (org). *Léxico da História dos Conceitos Políticos do Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

GONZÁLEZ ALCANTUD, José. *El clientelismo político: perspectiva socioantropológica*. Barcelona: Anthropos Editorial, 1997.

HÁBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*, Trad. Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, 2003.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil* (ed. Comemorativa dos 70 anos). São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

JORDÃO, Eduardo. *Controle Judicial de uma Administração Pública Complexa: A Experiência Estrangeira na Adaptação da Intensidade do Controle*. São Paulo: Malheiros, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 11ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LAURENTIIS, Lucas Catib de. A proporcionalidade no direito constitucional: origem, modelo e reconstrução dogmática. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo, Reflexões em Torno do Princípio Republicano, In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 100, jan/dez 2005.

MADISON, James. Federalistas: textos selecionados por Francisco Weffort. São Paulo: Abril, 1973.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Efeitos dos Vícios do Ato Administrativo, São Paulo, Malheiros, 2008.

MODESTO, Paulo. Desvio de Poder no Provimento Discricionário de Cargos Públicos. In: Revista Brasileira de Direito Público- RBDP, v. 14, n. 54, p. 35-49, jul./set. 2016, disponível também na internet: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/paulo-modesto/desvio-de-poder-no-provimento-discricionario-de-cargos-publicos> Acesso em 12.06.2018.

MODESTO, Paulo. Nepotismo em cargos político-administrativos, In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. NOHARA, Irene Patrícia. MARRARA, Thiago. Direito e administração pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro. São Paulo : Atlas, 2013, p. 260-298, ou In: Revista Brasileira de Direito Público RBDP, v. 14, n. 54, p. 35-49, jul./set. 2016 e disponível também na internet: <http://bit.ly/desviopodercargo>

MODESTO, Paulo. O Sentido Constitucional de Carreira no Serviço Público. In: Revista Brasileira de Direito Público (RBDP), v. 14, n. 55, p. 47-54, out./dez. 2016. Disponível também na internet: <http://bit.ly/carreiranaconstituicao> . Acesso em 10.06.2018.

NUNES, Edson. A Gramática Política do Brasil – Clientelismo e Insulamento Burocrático. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2ª ed, 1999.

OLIVEIRA, Alberto Augusto Andrade de. Código do Procedimento Administrativo Alemão: tradução e notas, Coimbra, Livraria da Universidade, 1996.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Discricionariiedade e Apreciações Técnicas da Administração. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 231, p. 217-267, jan./mar. 2003.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Construindo o Estado Republicano: democracia e reforma da gestão pública*. Trad. Maria Cristina Godoy. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

PILATTI, Adriano. *O Princípio Republicano na Constituição de 1988*, In: PEIXINHO, Manoel. GUERRA, Isabella Franco. NASCIMENTO FILHO, Firly (org). *Os Princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

POCOCK, J. G.A. *Cidadania, Historiografia e Res Publica: contextos do pensamento político*. Coimbra: Almedina, 2013.

PULIDO, Carlos Bernal. *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.

PULIDO, Carlos Bernal. *O direito dos direitos: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais*. Trad. Thomas Rosa Bustamante. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

QUEIROZ, Cristina. *Justiça Constitucional*. Lisboa: Petrony Editora, 2017.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *República e federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SADDY, André. *Limites à tomada de Decisão e Controle Judicial da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SANTOS, Gustavo Ferreira. *O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHRÖTER, Barbara. *Clientelismo político: ¿existe el fantasma y cómo se viste?* In: Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Sociales. México, D. F: *Revista Mexicana de Sociología* 72, núm 1 (enero-marzo, 2010).

TAVARES DA SILVA, Suzana. *Direitos Fundamentais na Arena Global*. 2ª ed. Universidade de Coimbra, 2014.

TOURINHO, Rita. *Concurso público no ordenamento jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TUSHNET, Mark. 7 . JACKSON, Vicki C. (org). *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*. New York : Cambridge University Press, 2017.

DECISÕES JUDICIAIS REFERIDAS

STF, Rcl 6702 AgR-MC, rel. min. RICARDO LEWANDOWSKI, j. 4-3-2009, P, DJE de 30-4-2009.

STF, ADI 1030, CARLOS VELLOSO (DJ DE 13.12.96).

STF, ADI 1203 MC, rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 16-2-1995, DJ de 19-2-1995

STF, ADI 2225, Pleno, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, J. 21.08.2014, Dje 29.10.2014.

STF, ADI 2229, Re. Min. CARLOS VELLOSO, Julgado em 9-6-2004, DJ de 25-6-2004.

STF, ADI 2620, Rel. min. EROS GRAU, j. 29-11-2007, P, DJE de 16-5-2008

STF, ADI 2335 MC, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 19/12/2000, DJ 31-08-2001 PP-00035

STF, ADI 3.332, Rel. min. EROS GRAU, j. 30-6-2005, P, DJ de 14-10-2005.

STF, ADI 3.857, Rel. min. RICARDO LEWANDOWSKI, j. 18-12-2008, P, DJE de 27-2-2009.

STF, ADI 3232, Rel. Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 14/08/2008, DJe-187 DIVULG 02-10-2008 PUBLIC 03-10-2008 EMENT VOL-02335-01 PP-00044 RTJ VOL-00206-03 PP-00983)

STF, ADI 0363, Rel. Min. SYDNEY SANCHES, j. 15-2-1996, P, DJ de 3-5-1996

STF, ADI 4125, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, foi julgada em 10/06/2010, DJe-030 DIVULG 14-02-2011 PUBLIC 15-02-2011 EMENT VOL-02464-01 PP-00068.

STF, ADI 4125, Relatora Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 10/06/2010, DJe-030 DIVULG 14-02-2011 PUBLIC 15-02-2011 EMENT VOL-02464-01 PP-00068

STF, ADI 2672, Rel. Min. ELLEN GRACIE, , Data de Julgamento: 22/06/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 10-11-2006 PP-00049 EMENT VOL-02255-02 PP-00219 RTJ VOL-00200-03 PP-01088.

STJ, AgRg na PET no REsp 1389967/RN, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, DJe 12/05/2016 e

STJ, AgRg no RMS 37.445/RN, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe 05/08/2015

STJ, AgInt na PET nos EREsp 1312949/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Primeira Seção, julgado em 14/09/2016, DJe 21/09/2016.

STF, AI 680939 AgR, rel. min. EROS GRAU, j. 27-11-2007, 2ª T, DJE de 1º-2-2008.)

STF, AI 753844 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 13/12/2011, Acórdão Eletrônico DJe-032, divulg 13-02-2012, public 14-02-2012

STF, AI 859766 AgR-ED, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 24/02/2017, DJe-049, Divulg 14-03-2017, Public 15-03-2017.

STF, AI 309.399/SP-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe de 23/4/12.

STF, AR 2137 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 19/09/2013, DJe-232 25-11-2013.

STF, ARE 649046 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 28/08/2012, DJe-180 DIVULG 12-09-2012 PUBLIC 13-09-2012).

STF, MS 21.322, rel. min. PAULO BROSSARD, j. 3-12-1992, P, DJ de 23-4-1993.

STF, MS 22.357, rel. min. GILMAR MENDES, j. 27-5-2004, P, DJ de 5-11-2004.

STF, Rcl 12478 MC, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, julgado em 03/11/2011, DJe-212

STF, Rcl 27944 AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 07/11/2017, DJe-261 DIVULG 16-11-2017 PUBLIC 17-11-2017.

STF, Rcl 7590, rel. min. DIAS TOFFOLI, j. 30-9-2014, 1ª T, DJE de 14-11-2014).

STF, RE 1010804 AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, j. em 30/06/2017.

STF, RE 194657, Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2001, DJ 14-12-2001 PP-00083 EMENT VOL-02053-07 PP-01487)

STF, RE 219.934/SP, Primeira Turma, Rel. o Min. Octavio Gallotti, DJ de 16/2/01.

STF, RE 365368 AgR, Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 22/05/2007,

STF, RE 499898 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 26/06/2012, DJe-160 divulg 14-08-2012 public 15-08-2012).

STF, RE 587371, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 14/11/2013, DJe-122 Divulg 23-06-2014 Public 24-06-2014 – Repercussão Geral Tema 473)

STF, RE 608482, rel. min. TEORI ZAVASCKI, j. 7-8-2014, P, DJE de 30-10-2014, Tema 476

STF, RE 658026, rel. min. DIAS TOFFOLI, j. 9-4-2014, P, DJE de 31-10-2014

STF, RE 165128, Segunda Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 15/3/96.

STF, RE 209174, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 13/3/98.

STF, RE 311371/SP-AgR-ED, Primeira Turma, Rel. Min. Eros Grau, DJ de 5/8/05.

STF, RE 644483/DF-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 4/10/11.

STF, RE 658643/SP, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 02/12/2014, Segunda Turma, DJe-244 DIVULG 11-12-2014 PUBLIC 12-12-2014)

STF, RMS 24.287, rel. min. MAURÍCIO CORRÊA, j. 26-11-2002, 2ª T, DJ de 1º-8-2003.

STF, RP 1.379, Rel. Min. MOREIRA ALVES, DJ de 11.09.87.

TJ-BA, ADI 0005085-69.2011.8.05.0000, Rel. Des. JEFFERSON ALVES DE ASSIS, Tribunal Pleno, Publicado em: 22/05/2014.

TJ-BA, ADI 0005257-35.2016.8.05.0000, Rel. Des. JULIO CEZAR LEMOS TRAVESSA, Tribunal Pleno, Publicado em: 08/11/2017).

TJ-BA, ADI 0009646-73.2010.8.05.0000, Rel. Des. ROSITA FALCÃO DE ALMEIDA MAIA, julgada em 13.03.2013,

TJ-BA, ADI 0013209-75.2010. Rel. Des. CLÉSIO RÔMULO CARRILHO ROSA. DJ 05.09.2012).

TJ-BA, ADI 0013970-72.2011.8.05.0000, Rel. Des. ANTONIO PESSOA CARDOSO, julgada em 15.08.2012.

TJ-BA, ADI 0021971-75.2013.8.05.0000, Rel. Des. LUIZ FERNANDO LIMA, Tribunal Pleno, publicado em 09/07/2016.

TJ-BA, ADI 0316698-76.2012.8.05.0000, Rel. Des. SILVIA CARNEIRO SANTOS ZARIF, Tribunal Pleno, publicado em 18/02/2014.

TJ-BA, ADI 13543-6/2007, Tribunal Pleno, Rel. Des. PAULO FURTADO, Julgado em 24/10/2008

TJ-BA, Apelação 000446-18.2013.8.05.0265, Rel. Des. JOSÉ CÍCERO LANDIN NETO, Quinta Câmara Cível, Publicado em: 10/02/2015.

TJ-DF, Acórdão 842488, 20140020128463ADI, Rel.: CRUZ MACEDO, Conselho Especial, Julgamento 02/12/2014, DJE: 20/01/2015.

TJ-MG, ADI 10000121236855000, Órgão Especial, Rel. Des. WAGNER WILSON FERREIRA, Julgado em 19/02/2014.

TJ-SP, ADI 2152267-30.2017.8.26.0000, Rel. Des. ALEX ZILENOVSKI, Órgão Especial, Data do julgamento: 13/12/2017, Data de publicação: 14/12/2017.

TJ-SP, ADI por Omissão 2053802-83.2017.8.26.0000, Relator Des. XAVIER DE AQUINO, Julgado em 09.08.2017.

TJ-SP, ADI por Omissão 20538963120178260000, Rel. Des. AMORIM CANTUÁRIA, julgamento 16 de Agosto de 2017.

TJ-SP, ADI por Omissão 2053940-50.2017.8.26.0000, Rel. Des. ÁLVARO PASSOS, julgado em 31.03.2017.

TJ-SP, ADI por Omissão 2053959-56.2017.8.26.0000, Rel. Des. PÉRICLES PIZA. Julgado em 30.08.2017.

CAPÍTULO 34

BREVES REFLEXÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE

RENATA PORTO ADRI

Mestre e Doutora em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Analista Jurídica do Ministério Público da União, Mediadora certificada pelo Instituto de Certificação e Formação de Mediadores Lusófonos.

INTRODUÇÃO

É com honra e satisfação que transporto para este artigo alguns de meus pensamentos verbalizados durante o Curso de Especialização em Direito Administrativo da PUC/SP/COGEAE, onde conheci o estimado Professor Toshio Mukai, por integrarmos o Corpo Docente, dividindo debates, e principalmente com quem aprendi singulares reflexões sobre o Direito Administrativo.

Registro, que o viés escolhido aborda o conteúdo material e pragmático do princípio da impessoalidade principalmente revelado no exercício da função administrativa na prática dos atos administrativos.

Em virtude das limitações e adequações necessárias à presente proposta pretendo sintetizar o que de mais significativo destaque do princípio da impessoalidade pujante, por vezes, ignorado.

Em tempos recentes, se viu altos níveis de intolerância cívica e política, em que a polarização de idéias gerou conflitos de diversas naturezas, razão de invocar os fundamentos do princípio da impessoalidade para que se tenha em mente que, no âmbito do exercício da função administrativa (em sentido amplo e estrito), prevalecerá, sempre, o *standard* da supremacia do interesse público a par de qualquer interesse privado.

1 DO CONCEITO E ESTRUTURA PRINCIPIOLÓGICA

As regras do Direito estabelecem padrões de condutas ou comportamentos (direito-interesse objetivo), mas também garantem direitos, liberdades e garantias individuais (direito-interesse subjetivo).

A integração entre direitos-interesses objetivos e subjetivos é que dota a Constituição da República - Norma Fundamental - de supremacia, alicerçada no Estado Democrático e de Direito.

Vale frisar, que a diferença entre regra e princípio é qualitativa e não de hierarquia. Os princípios são postos como critério unificador de racionalidade em certo sistema jurídico, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes.

O vocábulo “*princípio*”, que vem do latim *principium*, equivale à conjugação dos termos *primum* e *capere*¹.

Na conceituação técnica, os princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais e típicas onde se assentam as normas jurídicas existentes condicionando à compreensão e aplicação do ordenamento jurídico, além de serem diretrizes para novas normas.

Coloquialmente, tem o sentido de origem, começo, se contrapondo ao fim, assinalando um marco inicial, no tempo ou no espaço.

Não há uma conceituação unitária (e nem mesmo parece necessário) do que sejam os princípios jurídicos.

Dessa forma, para a Ciência Jurídica os princípios norteiam e sistematizam a estrutura do pensamento jurídico.

Isso porque, as proposições formuladas com base nos princípios estão jungidas por rigor científico e têm como finalidade a organização crítica e diretiva da conduta humana prescrita nas normas informadoras do Direito.

Os princípios têm papel fundamental na atividade de interpretação e integração do Direito, daí porque os órgãos e as entidades da Administração Pública (direta e indireta) que executam, por intermédio de seus agentes, atividades administrativas, deles se valem, além das normas específicas, para proporcionar segurança jurídica, paz, bem estar, justiça e igualdade social.

Para Lúcia Valle Figueiredo o regime jurídico de direito público consiste no “*conjunto de regras e princípios a que se deve subsumir a atividade administrativa no atingimento de seus fins*”² (*grifei*).

1. Tradução livre: significado do que se torna primeiro, início.

2. Curso de Direito Administrativo, 2a. ed., Ed. Malheiros, 1995, pág. 35

Preocupado com o modo de aprofundamento do estudo dos *princípios do direito administrativo* Gaston Jéze adverte o pesquisador

“não abuse dos raciocínios puramente lógicos, rigorosamente deduzidos de máximas jurídicas correntes. As máximas e soluções puramente lógicas, delas deduzidas, são sem dúvida muito sedutoras pela simplicidade, rigor e precisão matemática de que se revestem. No entanto, os raciocínios, exclusivamente dedutivos e lógicos, são muito perigosos. O jurista não tem de resolver problemas de matemática pura, mas problemas sociais eminentemente complexos, devendo esforçar-se por conciliar os diversos interesses em conflito, conseguindo, desse modo, a manutenção da paz social. Eis que o jurista nunca deve deixar de levar em consideração. Muitas vezes o raciocínio lógico e matemático leva a aplicar a um problema complicado uma fórmula obtida para uma hipótese muito mais simples e ainda, às vezes, completamente diversa. O raciocínio, puramente lógico, é o inimigo das conciliações, das transações indispensáveis para a manutenção da paz social e, por tanto, do bom funcionamento dos serviços públicos. Quando a aplicação lógica de uma máxima jurídica conduz a consequências socialmente perniciosas, isso é freqüentemente a melhor prova de que a máxima foi invocada de maneira abusiva. Nunca é demais repetir que o direito não é um jogo do espírito, um exercício de lógica para teóricos de gabinete. Trata-se, antes de tudo, de encontrar soluções práticas para um problema social, conciliando do modo mais adequado possível os interesses opostos. Uma solução jurídica deve ser valorada na medida em que contribui para a manutenção da paz social. Uma teoria jurídica é apreciada, antes de mais nada, pelas consequências sociais.”³

No estudo da disciplina do Direito Administrativo, a função administrativa é o imperativo necessário para concretude da vontade do Estado, que confere ao agente público o *dever-poder de efetivar o interesse público acima de qualquer vontade pessoal*.

E é, justamente, com relação a esta vontade subjetiva do administrador que o princípio da impessoalidade prevalece, afastando-a e garantindo a hegemonia do interesse público.

Nos dizeres de Ruy Cirne Lima, a atividade exercida por órgãos executivos “é a atividade do que não é proprietário - do que não tem a disposição da coisa ou do negócio administrado”⁴, daí porque deve-se atentar para o limite, o alcance e a finalidade dos atos administrativos

3. Principios generales del derecho administrativo, Ed. Argentina, vol. II, parte 2ª, 1949, pág. 316

4. Principios de Direito Administrativo, 6a. ed., ed. RT, 1987, pág. 22

praticados seja no exercício da função típica ou atípica, se em consonância com os *primados* constitucionais e legais.

E, assim, caminha-se para análise do princípio da impessoalidade que é o núcleo deste artigo.

2 DA BREVE CONCEITUAÇÃO DO VOCÁBULO: IMPESSOALIDADE

O princípio da impessoalidade, que rege as funções administrativas em todas as suas formas de expressão, típicas ou atípicas, diz respeito à qualidade de ser impessoal, àquilo que é independente de todas as particularidades individuais é o que tem natureza imparcial.

Para Nicola Zangarelli, *in* Vocabolario Della Lingua Italiana, o vocábulo *impersonale*: como “2 *Che non si riferisce a nessuna persona determinata*”⁵, Parece-nos que o vocábulo “*imparziale*” encontrado na mesma fonte também expressa o sentido que nos interessa: “1 *Detto di chi opera o giudica in modo obiettivo ed equanime; Sin. Equo, giusto, spassionato; 2 Che mostra equità di giudizio: considerazioni imparziali.*”, ou seja, o que se faz ou julga de modo objetivo e equânime.⁶

Em nosso Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa, de Caldas Aulete, a aceção dada à palavra “*impessoalidade*”, reafirma todos os demais conceitos e se releva na proposição referente a aquilo: “*que não pertence a uma pessoa especial.*”⁷

3 DA IMPESSOALIDADE COMO CARACTERÍSTICA DO ESTADO DE DIREITO E O DIREITO COMPARADO

Nas palavras de J.J.Gomes Canotilho, o Estado de Direito tem como significação “*a idéia de uma ordem de paz estadualmente garantida através do Direito*”.⁸

O Direito confere ao Estado personalidade própria que não se confunde com personalidade de cada governante, já que este apenas representa a vontade daquele.

No Estado de Direito não há imposição de características pessoais do governante em exercício, há submissão aos ditames estabelecidos pelo

5. Tradução livre: aquilo que não se refere a nenhuma pessoa determinada.

6. Idem, pág.474

7. Ob. Cit., vol. III, 2ª ed, Ed. Delta, 1970, pág. 1916

8. Canotilho, Direito Constitucional, pág. 345

Direito demonstrados por meio de fundamentos e finalidades que buscam a paz, a justiça e a igualdade social.

A impessoalidade de que falamos surge e se firma como característica do Estado de Direito, dada sua fundamentalidade e encontra-se revestida de constitucionalidade por meio do expresso princípio da impessoalidade prescrito no artigo 37, *caput* da Constituição da República de 1988.

Transcreve-se a seguir os trechos das Emendas e as respectivas justificações utilizadas pelo legislador constituinte, nas reuniões da Assembléia Nacional Constituinte, especificamente nas Comissões de Sistematização e de Plenário, até a definição do referido artigo 37, *caput*, para demonstrar que, por vezes, era adotado o vocábulo imparcialidade:

1a.) Emenda CSO1965-2 - Constituinte: Siqueira Campos - Partido: PDC - Comissão de Sistematização - Data 02/07/87

Texto: “Unifiquem-se o artigos 74,75 e 76, remunerados os seguintes nesta redação: ‘Art. 74 - A Administração Pública organizar-se-á com obediência aos princípios da legalidade e da moralidade, respeitados os direitos dos cidadãos, além dos seguintes requisitos:

I - validade dos atos, como motivação suficiente;

II - razoabilidade, como fundamento da legitimidade’.

Justificação: Inspira-se o princípio da economia legislativa, no intento de reduzir as dimensões do Anteprojeto, que não se configura apenas em quinhentos artigos, mas em quase dois mil dispositivos, compreendidos ítems, alíneas e incisos de numeração arábica. As declarações dos artigos 74, 75 e 76 podem, perfeitamente, exarar-se em um artigo e dois ítems.”

2a.) “Emenda 1P02933-3 - Constituinte: Aluizio Campos - Partido: PMDB - Comissão de Sistematização - Data: 02/07/87 -

Texto: Título IV - Capítulo VIII (Da Administração Pública) - “Suprimam-se os Arts. 75,76,77 e 78, dando-se, em consequência, ao art. 77 a seguinte redação:

Art.77 - A Administração Pública será organizada com obediência aos princípios da legalidade e da moralidade e atuará em estrito respeito aos direitos dos seus servidores e dos cidadãos.

Justificação: As especificações dos arts. 75 a 78, agora 78 e 79, estão contidas nos princípios de moralidade e respeito aos direitos dos servidores públicos e dos cidadãos em geral, não conterão matéria que justifique o seu tratamento constitucional. A inclusão dos servidores no texto do art. 77 aumenta a abrangência do respeito aos direitos de todos, resolvendo o problema cuja solução, em cada caso,

compete ao Poder Judiciário.”

3a.) “Emenda 1P19389-3 - Constituinte: Siqueira Campos - Partido: PDC - Plenário - Data: 13/08/87 -

Texto: Emenda Modificativa. Dispositivo Emendado: Título Quarto do Projeto da Constituição. Dê-se ao Título Quarto do Projeto de Constituição seguinte redação: ‘(...) Capítulo VIII - Da Administração Pública - Seção I - Disposições Gerais - Art. 45. Os princípios da legalidade, moralidade e respeito aos cidadãos motivam a validade de qualquer procedimento da Administração Pública direta ou indireta, exigida a razoabilidade como imperativo da legitimidade dos atos praticados no exercício da discricção administrativa.’”

Não tivemos acesso a Justificativa;

4a.) “Emenda 1P18696-0 - Constituinte: Senador José Richa e outros - Partido: PMDB - Plenário - Data: 13/08/87 -

Texto: Capítulo VII - Da Administração Pública - Seção I - Disposições Gerais - Art. 37 - A Administração Pública organizar-se-á com obediência aos princípios de impessoalidade, legalidade e razoabilidade

Justificação: A redação ora proposta, de dispositivos correlatos, contempla os aspectos de mérito do tema, as aspirações sociais do povo brasileiro, a representatividade constituinte de seus signatários e a sistematização adequada à técnica legislativa, nos termos dos debates e acordos efetuados.”

5a.) Emenda 1P15879-6 - Constituinte: Davi Alves Silva - Partido: PDS - Plenário - Data: 13/08/87 - Texto: Fundam-se os Artigos 77,78 e 79 em um só, com a seguinte redação, renumerando-se os demais:

‘Art. - A administração pública obedecerá aos princípios da moralidade e da legalidade, exigindo-se:(...)’

Justificação: A transformação de três artigos, um parágrafo e dois itens num total de seis dispositivos - em um artigo, quatro itens e um parágrafo único, representa uma apreciável economia legislativa, tanto mais quanto a redação proposta em nada altera o texto do projeto.”

6a.) *Emenda ES33038-1 - Constituinte: Carlos Chiarelli e Arnaldo Pietro - Partido: PFL/RS - Plenário - Data: 05/09/87 - Texto: Dê-se ao Título V do Substitutivo do Relator a seguinte redação: Capítulo V - Da Administração Civil Federal - Art. 105 - A Administração Civil Federal, baseada nos princípios da legalidade, hierarquia, permanência, neutralidade partidária e competência técnica e profissional, regulados em lei complementar, atua, com IMPARCIALIDADE, para tornar efetivo o ordenamento jurídico e executar as políticas definidas pelo Governo.*

Justificação: IV - A Administração Civil, órgão técnico,

permanente, profissional e partidariamente neutro, que aplica ordinariamente o ordenamento jurídico e executa as políticas públicas definidas pelo Governo, de forma IGUAL E IMPARCIAL para todos, dentro da Constituição, dirigida superiormente pela Presidência da República.” (g.n.)

7a.) *Emenda ES 21891-3 - Constituinte: Paulo Pimentel - Partido: PFL - Plenário - Data: 01/09/87 - Texto: Emenda Modificativa/Supressiva - Dispositivo Emendado: art. 55 - Os úns I e II do art. 55 do substitutivo, passam a vigorar com a seguinte redação, transformados em parágrafo único: Art. 55 Parágrafo único - A Administração Pública organizar-se-á com obediência aos princípios da IMPESSOALIDADE, legalidade e razoabilidade.*

Justificação: A redação é adotada consentânea com a doutrina. A discricão administrativa não se pode afastar dos princípios enumerados.” (g.n.)

8a.) *DIÁRIO DA ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE (Suplemento “C”) - Janeiro de 1988 - “O Sr. PRESIDENTE (Fernando Henrique Cardoso) - Passo, então, à leitura da preferência ao Destaque n. 6218, que trata do seguinte: no caput do art. 43 suprimir a expressão: ‘salvo na hipótese da rescisão do contrato de trabalho.’ O art. 43 ficaria assim: ‘A administração pública, direta ou indireta, de qualquer dos poderes, obedecerá aos princípios da legalidade, da impessoalidade, moralidade e publicidade, exigindo-se - e aí se suprime -, salvo na hipótese de rescisão de contrato de trabalho, como condição de validade dos atos administrativos, a motivação suficiente e, como requisito de sua legitimidade, a razoabilidade.’*

Justificação: É para excluir a expressão “salvo na hipótese de rescisão do contrato de trabalho”, para manter apenas os princípios sem que isso exima a rescisão do contrato de trabalho dos mesmos princípios, se bem entendi.”

9a.) *REDAÇÃO FINAL - Comissão de Sistematização - Atualizado em 24/01/89 - Texto: “Art. 37 - A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte: (...)”*

Massimo Severo Giannini esclarece que o conteúdo significativo de imparcialidade surgiu no século passado, na Inglaterra, representando a neutralidade política de que necessitava a Administração Pública, sendo introduzida, posteriormente, nos Estados Unidos, no final do século XIX.¹⁰

9. Fonte: Prodasen - Central de Processamento de Dados do Senado - informação obtida junto a Biblioteca do Senado, com cópia em anexo

10. Massimo Severo Giannini, Apud, Carmen Lúcia Antunes Rocha, Princípios Constitucionais da Administração Pública, Ed. Del Rey, 1ª ed, 1994, Belo Horizonte, pág. 148

Do intercâmbio científico e jurídico com algumas Constituições percebe-se que não há expressão impessoalidade, mas sim, o vocábulo imparcialidade (em tradução livre para o português):

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA ITALIANA

“TÍTULO III - DO GOVERNO - SECÇÃO II - DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ARTIGO 97

As administrações públicas, em coerência com o ordenamento da União Européia, garantem o equilíbrio dos orçamentos e a sustentabilidade da dívida pública.

Os gabinetes públicos são organizados conforme disposição da lei, de modo a que sejam assegurados o bom andamento e imparcialidade da administração.

No ordenamento dos gabinetes são determinadas as esferas de competência, as atribuições e as responsabilidades próprias dos funcionários. Às funções das administrações públicas accede-se mediante concurso, exceto em casos estabelecidos por lei.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA

“TÍTULO IX - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

ARTIGO 266º

1. A Administração Pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos.

2. Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé.”

CONSTITUIÇÃO ESPANHOLA:

“TÍTULO IV - DO GOVERNO E DA ADMINISTRAÇÃO

ARTIGO 103º

3 - A lei regulará o estatuto dos funcionários públicos, o acesso à função pública de acordo com os princípios de mérito e capacidade, as peculiaridades do exercício do seu direito a sindicalizar-se, o sistema de incompatibilidades e as garantias para a imparcialidade no exercício das suas funções.

Massimo Severo Giannini, afirma que “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.”¹¹

11. Diritto Amministrativo, 3a. ed., v.I/91 e 92, 1993, Apud, Lúcia Valle Figueiredo, Curso de

Para Lúcia Valle Figueiredo, “a impessoalidade na atividade administrativa caracteriza-se, pois, pela valoração objetiva dos interesses públicos e privados envolvidos na relação jurídica a se formar, independentemente de qualquer interesse político.”¹²

O princípio constitucional da impessoalidade introduzido, contemporaneamente, na Constituição Federal de 1988, nos dizeres de Carmen Lúcia Antunes Rocha “traduz-se na ausência de marcas pessoais e particulares correspondentes ao administrador, que, em determinado momento, esteja no exercício da atividade administrativa, tornando-a, assim, afeiçoada a seu modelo, pensamento ou vontade.”¹³

Percebe-se, assim, que os termos - impessoalidade e imparcialidade - têm a mesma acepção, tanto pelo contexto em que estão situadas nas Cartas Constitucionais, como pelo conteúdo semântico que explicitam, do que se deduz que para a cultura brasileira era necessário explicitar a qualidade, o caráter e a condição do impessoal, do impessoalismo, na atuação pública que tem por finalidade o bem comum e o interesse da coletividade.

4 DOS FUNDAMENTOS DO PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE

Dentre os autores que abordaram o princípio da impessoalidade se destaca Carmen Lúcia Antunes Rocha, que aponta para compreensão de seus fundamentos a necessidade de se observar qual o regime político que o Estado observado optou.

Em se tratando de um regime democrático, seguramente estarão presentes a neutralidade e a objetividade como nortes condutores dos atos do Estado, razão pela qual associamos o princípio da impessoalidade ao Estado Democrático.

No idealismo do Estado de Direito está traduzida a construção de um “governo de leis” e não de homens.

Essa desvinculação pessoal do governo é fundamento e inspiração para a existência e efetividade do princípio da impessoalidade em nosso ordenamento jurídico.

Outro fundamento deste princípio de grande relevância para a Administração Pública é o princípio da igualdade, pois nos Estados onde o regime escolhido é o democrático e a forma de governo é a República, como

Direito Administrativo, 2a. ed., 1995, Malheiros Editores, pág.53

12. Ibidem, pág. 53

13. Princípios Constitucionais da Administração Pública, Ed. Del Rey, 1ª ed., Belo Horizonte, 1994, pág. 147.

é o caso do Brasil, a associação da igualdade jurídica e da impessoalidade administrativa possui perfeita e ideal aplicação e integração.

Nesse sentido, o princípio da impessoalidade possui como fundamentos o Estado de Direito, o regime democrático e o princípio da igualdade.

Os vícios que maculam os atos administrativos, no caso em exame, são aqueles eivados de pessoalidade, paternalismo, clientelismo ou subjetivismo praticado, dentre outras formas, por meio de sinais, símbolos, *slogans* ou qualquer outro meio de expressão que vincule a ação do Estado (Administração Pública) ao agente que a exercitou.

O legislador ordinário expediu o artigo 2º, parágrafo único, III¹⁴, da Lei nº 9.784/99, para destacar a primazia da necessidade de observação pela Administração Pública da objetividade no atendimento do interesse público sendo vedada qualquer promoção pessoal de agentes e autoridades.

No âmbito da nossa Corte Superior, o Colendo Supremo Tribunal Federal editou, enquanto fonte formal e material de interpretação, a **Súmula Vinculante nº 13**¹⁵, que veda “*A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.*”

Trata-se de prática vedada, por violar os fundamentos da Democracia e, em especial, os princípios da impessoalidade e da moralidade, na medida em que beneficiam e favorecem familiares ou amigos do nomeante em completo desrespeito à imparcialidade e ao interesse público, que se comprovado, estará sujeito aos efeitos da ação civil pública, por prática de ato de improbidade administrativa, cujos “*efeitos patrimoniais - benefícios e vantagens - foram obtidos mediante condutas contrárias ao princípio da impessoalidade devem ser desfeitos e devolvidos ao patrimônio público, nos termos do disposto na Lei nº 4717/65.*”¹⁶

14. Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...) III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;

15. Notícias do STF, de 21 de agosto de 2008.

16. Carmen Lúcia Antunes Rocha, Princípios Constitucionais da Administração Pública, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 1994, pág. 170

A prática do nepotismo fere os princípios da impessoalidade, da eficiência e da moralidade e, assim como a corrupção, aqui compreendida nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹⁷ enquanto “*desvio de conduta aberrante em relação ao padrão moral consagrado pela comunidade*” devem ser exemplar e veementemente rechaçadas de modo a proporcionar segurança jurídica para a sociedade.

Oportuno mencionar e indicar a leitura atenta e obrigatória da obra de Héctor A. Mairal, intitulada “*As raízes da corrupção ou como o Direito Público fomenta a corrupção em vez de combatê-la*”, publicada em 2018, pela Editora Contracorrente, dados valiosos contributos do estimado homenageado, Professor Doutor Toshio Mukai, que a partir de similitudes, equivalências e divergências fez o cotejo da luta contra a corrupção sistêmica e endêmica na Argentina em face da realidade brasileira, não menos conturbada.

Evidencia-se, portanto, que a observância ao princípio da impessoalidade se traduz na valoração e busca do atingimento dos interesses públicos, por meio da prática dos atos administrativos revestidos de neutralidade e objetividade, impedindo, assim, qualquer alusão ao subjetivismo.

A impessoalidade é dever do agente público e do agente político, porque obriga ao exercício de condutas e de comprometimento com o justo, o correto, a atuação proba em busca da igualdade, paz e bem estar social.

CONCLUSÃO

Este artigo enquanto momento de reflexão prestou-se a registrar conceitos e fundamentos relacionados ao princípio da impessoalidade.

Destaca-se a autonomia do princípio da impessoalidade, fundado na imparcialidade e na neutralidade, e integrado aos princípios da finalidade e da igualdade.

Rechaça-se a prática de atos por parte de agentes políticos que aproveitam de espaços de comunicação abertos ao governo, para enaltecer seu próprio nome, ou dar apoio aos candidatos de seu partido ou a quem lhes convém associar, esquecendo-se do seu dever de informar e educar a população com relação ao modo de acompanhamento e fiscalização da destinação dos recursos arrecadados, bem como das necessidades e prioridades que serão, estão ou foram realizadas.

17. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia no limiar do século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 86

O princípio da impessoalidade, assim como os demais princípios, deve ser respeitado e observado, pois sua violação ensejaria desarmonia dentro do sistema jurídico.

O princípio da impessoalidade é parte do universo do Direito Administrativo, lotado dentro da esfera da Administração Pública, para controlar as pretensiosas e equivocadas práticas subjetivas de seus agentes públicos, mas tem extensão e amplitude suficiente para abranger as atividades exercidas também pelos agentes públicos do Órgão Judiciário e do Órgão Legislativo, no exercício da função administrativa atípica, podendo assim ser exigido, para cumprimento de sua natureza jurídica neutra e imparcial que proclama a ordem, a justiça e a equidade.

BIBLIOGRAFIA

ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo*, Milano, Dott. A. Giufrè, 1971.

BANDEIRA DE MELLO, O conteúdo jurídico do princípio da igualdade, 3ª ed., 3ª tiragem, São Paulo, Malheiros Editores, 1995.

CANOTILHO, Gomes. *Direito Constitucional*, 6ª edição revista, Coimbra, Almedina, 1993.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*, 2ª ed. Revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Ed. Malheiros, 1995.

_____. *Controle da Administração Pública*, São Paulo, d. Revista dos Tribunais, 1991.

_____. Os princípios constitucionais do processo, Conferências e Debates, Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, Malheiros Editores, 2/1993.

JÉZE, Gaston. *Principios Generales del Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1948.

LIMA, Ruy Cirne. *Principios de Direito Administrativo*, 6ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, 1987.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Publicidade Oficial: Moralidade e Impessoalidade*, São Paulo, Revista dos Tribunais, Doutrina (Cível), vol. 705, Julho de 1994.

MIRANDA, Jorge. Constituições de Diversos Países, Imprensa Nacional, Casa da Moeda, Lisboa, 1979.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais da Administração Pública, Belo Horizonte, Del Rey Editora, 1994.

SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio da Impessoalidade e Abuso do Poder de Legislar, Pareceres, Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, Malheiros Editores, 5/1994.

CAPÍTULO 35

A TITULARIDADE DO DIREITO AMBIENTAL COMO FATOR DETERMINANTE À SUA PROTEÇÃO NA ALEMANHA E NO BRASIL: ESTADO X CIDADÃO

RICARDO GLASENAPP

Ricardo Glasenapp, Doutor em Direito Constitucional pela PUC-SP, onde também titulou-se mestre em Direito Constitucional. Professor de Direito Público junto à UNINOVE e à UniMetroCamp. Coordenador Acadêmico do IELA - Instituto de Estudos Legais Avançados. Autor de obras jurídicas e palestrante.

DENISMARA KNORR

Denismara Knorr, Doutoranda em Direito Ambiental Internacional pela Universidade de Köln, Alemanha. Mestre em Direito Tributário pela Universidade de Köln. Advogada e Consultora Jurídica de Direito Brasileiro pela Stock Rechtsanwalts-gesellschaft mbH. Consultora Jurídico pela BAG Business International GmbH. E-mail: dknorr@smail.uni-koeln.de

No âmbito do Direito Ambiental, que cada vez mais se destaca no cenário internacional diante não só de sua importância, mas especialmente quanto à sua inter-relação entre os ordenamentos jurídicos pátrios e sua observação como parte integrante dos Direitos Humanos.

Assim, diante desta particularidade de inter-relação entre os ordenamentos jurídicos pátrios é que pretendemos, no presente artigo,

traçar um claro paralelo entre a titularidade do Direito Ambiental no Brasil e na Alemanha, de modo a demonstrar as principais diferenças existentes.

É de se destacar que a Alemanha pertence ao grupo dos países industrializados, que também tem na sua agenda o desafio de proteger e manter as funções naturais do meio ambiente, tanto em seu território como em suas fronteiras. Já no que diz respeito ao Brasil, este país vem numa crescente de desenvolvimento econômico e industrial nas últimas décadas e que, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, viu ser colocada em sua agenda a preocupação ambiental.

Neste artigo, portanto iremos nos concentrar exatamente na análise da previsão legal da titularidade da proteção ambiental no Direito alemão e no Direito brasileiro. Não adentraremos às questões pormenorizadas do Direito Ambiental, como proteções à ecossistemas e a definição de normas técnicas de reciclagem.

1 A PROTEÇÃO DO DIREITO AMBIENTAL NO DIREITO ALEMÃO

Os elementos que constituem o meio ambiente como o solo, a água, o ar, a fauna, a flora e o próprio clima estão sempre em risco em uma sociedade que no passado sempre prezou pelo desenvolvimento econômico e industrial explorando de forma irracional os recursos naturais. As questões de desenvolvimento do passado são as mesmas do presente, ou seja, o investimento em infraestrutura, consumo, a busca da qualidade de vida e o desenvolvimento industrial ainda têm forte presença na Alemanha. No entanto, o comportamento humano responsável pela poluição do ar e da água, destruição de florestas e tantos outros problemas ambientais, tiveram que se submeter às regras e às políticas de proteção e conservação do meio ambiente e recursos naturais da própria Alemanha e daquelas advindas da União Europeia.

A proteção do meio ambiente na Alemanha é tratada primariamente em três níveis: política ambiental, economia ambiental e direito ambiental. A política ambiental foi estabelecida no Programa de Meio Ambiente do Governo Alemão de 1971¹, e foi descrita como o conjunto de medidas necessárias para assegurar às pessoas um ambiente que lhes proporcione saúde e uma existência humana digna, proteger o solo, o ar e água, a fauna

1. BT-Drs. 6/2710, p.6, disponível <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/06/027/0602710.pdf>, visitado em 18.10.2018.

e flora dos efeitos das intervenções humanas e eliminar danos e prejuízos advindos da ação humana.

No mesmo programa de meio ambiente do governo alemão de 1971, a economia ambiental foi definida como “ciência econômica que em suas teorias, análises e cálculo de custos deveriam incluir parâmetros ecológicos”², ou seja, calcular os custos da poluição e danos ambientais. No que se refere ao Direito Ambiental, este é o principal instrumento de imposição da política de proteção do meio ambiente de um país, e é neste nível de proteção que se dará a maior ênfase neste trabalho.

Todas as normas estatais que visam a proteção do meio ambiente pertencem ao Direito Ambiental alemão. Assim, o Direito Ambiental alemão está dividido da seguinte forma:

a) direito penal ambiental, diz respeito aos crimes ambientais previstos no Código Penal Alemão (StGB), bem como infrações ambientais estabelecidas no final de algumas leis de proteção ambiental. A característica principal dessas normas de sanção é a sua dependência em relação ao cumprimento de uma norma administrativa de direito ambiental³;

b) direito privado ambiental que é a soma de todas as normas de direito privado que regem os efeitos da relação entre o cidadão e o meio ambiente, como por exemplo, podemos citar a lei de responsabilidade ambiental (Umwelthaftungsgesetz), direito real de vizinhança, lei sobre danos ambientais (Umweltschadengesetz)⁴;

c) direito ambiental público, que diz respeito à todas as normas de direito público, que tem como objetivo a proteção do meio ambiente⁵, são elas: o direito ambiental internacional, direito ambiental europeu, direito ambiental constitucional e direito ambiental administrativo.

Cumprе ressaltar que a abordagem optada nesse estudo será a de prestigiar o Direito Ambiental Público, que é o direito preponderante na Alemanha no que concerne à proteção do meio ambiente.

O Direito Ambiental alemão está fundamentado em três princípios: princípio da precaução (Vorsorgeprinzip), princípio do poluidor-pagador (Verursacherprinzip) e o princípio da cooperação (Kooperationsprinzip).

2. BT-Drs.6/2710, p.63, disponível em <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/06/027/0602710.pdf>, visitado em 18.10.2018.

3. Erbguth/Schlacke, Umweltrecht, 3.Auflage, §2, Rn.16

4. Erbguth/Schlacke, Umweltrecht, 3.Auflage, §2, Rn.17-19

5. Erbguth/Schlacke, Umweltrecht, 3.Auflage, §2, Rn.20, 21

Em relação ao princípio do direito sustentável há forte divergência na doutrina quanto a aplicação deste princípio no âmbito constitucional⁶, no entanto há farta menção e obrigação de aplicação deste princípio nas normas infraconstitucionais. Nos casos em que se aplicaria o princípio do desenvolvimento sustentável, os poderes executivo e judiciário mencionam o princípio da precaução.

Com a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada pela ONU em 1972, na cidade de Estocolmo, e que deu origem ao Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente, foi reconhecido o direito ao meio ambiente como um direito fundamental do ser humano. Desta conferência resultou, também, a denominada “Declaração de Estocolmo”, que se traduz num conjunto de vinte e seis proposições denominadas Princípios, dentre elas:

“1 - O homem tem direito fundamental à liberdade, à igualdade e condições de vida adequadas, em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna, gozar de bem-estar e é portador solene de obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente, para as gerações presentes e futuras.

2 - Os recursos naturais da Terra, incluídos o ar, a água, o solo, a flora e a fauna e, especialmente, parcelas representativas dos ecossistemas naturais, devem ser preservados em benefício das gerações atuais e futuras, mediante um cuidadoso planejamento ou administração adequada.”

Consequentemente, podemos observar a previsão do “meio ambiente de qualidade” protegido como meio a permitir uma vida digna não só para as presentes gerações, mas também para as futuras; assim como os recursos naturais da Terra devem ser preservados em benefício das gerações atuais e futuras, mediante um cuidadoso planejamento ou administração adequada.

No Direito alemão, a proteção do Direito Ambiental abrange todas as medidas que visam⁷:

- a) eliminar danos ocasionados ao meio ambiente, que seria a função reparadora e restauradora do direito ambiental (reparativ-wiederherstellende Funktion);
- b) limitar e diminuir os impactos da poluição já existente, que seria a função repressiva e redutiva do direito ambiental (repressiv-zurückdrängende Funktion); e

6. De acordo com Stephan Tomerius, Bjorn-Oliver Magsig, Felix Ekardt a definição sobre este princípio ainda é sujeito de debates públicos na Alemanha. Veja Tomerius/Magsig, ZfU 2007, p.431 ss; Ekardt, Felix, ZfU 2009, p 223 ss.

7. Erbguth/Schlacke, Umweltrecht, 3.Auflage, §1, Rn.6.

c) evitar futuros danos e poluição ao meio ambiente, que se refere a função preventiva do direito ambiental (präventiv-vorsorgende Funktion).

A Lei Fundamental alemã estabeleceu em seu Artigo 20a sob o título “Proteção dos recursos naturais vitais e dos animais” que:

“Tendo em conta também a sua responsabilidade frente às gerações futuras, o Estado protege os recursos naturais vitais e os animais, dentro do âmbito da ordem constitucional, através da legislação e de acordo com a lei e o direito, por meio dos poderes executivo e judiciário”.

A doutrina é majoritária⁸ em reconhecer que o Art. 20a da Lei Fundamental é uma norma que estabelece um objetivo do Estado alemão (Staatszielbestimmung), no qual os três poderes do Estado estão obrigados a cumprir e observar o que nela está prescrito. O que diante dessa afirmativa, essa norma está sempre sujeita e necessita sempre ser interpretada diante do caso concreto.

Assim, conclui-se que a norma é exclusivamente endereçada ao Estado⁹, diferentemente do que ocorre na Constituição Federal brasileira, como veremos mais a diante. Além disso, não garante o direito fundamental a um meio ambiente sadio e muito menos abre qualquer possibilidade concreta de proteção legal, ou seja, exigir judicialmente do Estado determinadas prestações de proteção ao meio ambiente, reclamar de danos ao meio ambiente ou de decisões referentes a proteção do meio ambiente¹⁰, como a Lei Fundamental garante aos direitos fundamentais como dignidade humana, propriedade e outros elencados em seus artigos de 1 a 19.

Ressalte-se ainda, que a norma do Art. 20a concretiza somente em uma parte de sua redação o princípio da precaução, não abarcando assim os princípios da cooperação e do poluidor-pagador¹¹. O Art. 20a tem sido objeto de debate dentro do Conselho para o Desenvolvimento Sustentável (Rates für Nachhaltige Entwicklung), principalmente logo após a Conferência do COP 21 de 2015 em Paris. O conselho em seu parecer concluiu que o legislador deverá realizar alterações neste Artigo para que ele seja eficiente para tratar conflitos que possam emergir referente à defesa do meio ambiente conciliado com desenvolvimento econômico e social¹².

8. Entre os doutrinadores temos Michael Kloepfer, Wolfgang Kahl, Wilfried Erbguth, Sabine Schlack, Eckard Rehbinder, Christian Callies,

9. Kahl, Wolfgang, Nachhaltigkeit als Verbundbegriff, 2008, p.8 ss.

10. Kloepfer, Michael, Umweltschutzrecht, 2010, §2 Rn.10-13.

11. Kloepfer, Michael, Umweltschutzrecht, 2. Auflage, §2, Rn. 13; Erbguth/Schlacke, Umweltrecht, 3. Auflage, §4, Rn.6,7.

12. Zur Deutsche Nachhaltigkeitsstrategie vom 11.1.2017, Stellungnahme des Rates für

O Art. 20a contém um mandato para agir, que também é qualificado como um mandamento de otimização endereçado aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Dentro da constelação dos três poderes, é possível indicar qual a obrigação que cada poder deverá desempenhar a partir do enunciado do Art. 20a.

O primeiro endereçado da norma do Art. 20a da Lei Fundamental é o legislador. Ao legislador cabe a criação de leis e normas com o propósito de melhorar e proteger os recursos naturais vitais e os animais para as futuras gerações. Ao poder legislativo cabe uma vasta margem de liberdade para implementar a legislação e promulgar regulamentos de proteção ao meio ambiente¹³, foi o que o Tribunal Constitucional Alemão (Bundesverfassungsgericht) decidiu no processo de controle de constitucionalidade da norma que alterou a Lei de Engenharia Genética de 1. Abril de 2008:

“ Bundeverssungsgericht, Urteil des Ersten Senats vom 24. November 2010- 1BvF 2/05 ...

2. Angesichts eines noch nicht endgültig geklärten Erkenntnisstandes der Wissenschaft bei der Beurteilung der langfristigen Folgen eines Einsatzes von Gentechnik trifft den Gesetzgeber eine besondere Sorgfaltspflicht, bei der er den in Art. 20a GG enthaltenen Auftrag zu beachten hat, auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen zu schützen...¹⁴”

Quanto a repartição de competência o Art. 72, I e III determina que os Estados (Länder) têm competência concorrente em relação a algumas matérias, como se vê a seguir:

Lei Fundamental Alemã, Artigo 72:

III - Se a Federação fizer uso da sua competência legislativa, os Estados podem adotar, por lei, regulamentos distintos sobre:

1. a caça (sem o direito de expedir licença de caça);

Nachhaltige Entwicklung an die Bundesregierung, pp.3,4 disponível no seguinte endereço <https://www.nachhaltigkeitsrat.de>, visitado em 08.12.2018.

13. Decisão do Tribunal Constitucional Alemão no processo abstrato de controle de normas, BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 13. März 2007 – 1 BvF 1/05 - Rn. 111, disponível no http://bverfg.de/e/fs20070313_1bvff000105.html, visitado em 10.10.2018.

14. Tradução livre do texto do “julgamento da primeira câmara (senado) de 24 de novembro de 2010- 1 BvF 2/05 ...Tendo em vista o fato de que a ciência ainda não foi definitivamente esclarecida no que diz respeito à avaliação das consequências de longo prazo do uso da engenharia genética, aplica-se ao legislativo o cumprimento de um dever especial de cuidado, pelo qual deve observar o mandato contido no Artigo 20a GG, que inclui a responsabilidade de proteger os seus meios naturais de subsistência da geração futura.”

2. a proteção da natureza e a preservação da paisagem (sem os princípios gerais da proteção da natureza, o direito de proteção das espécies ou da proteção da natureza marítima);
3. a distribuição do solo;
4. a estruturação do território;
5. (...)

Leis federais nestas matérias só entrarão em vigor seis meses após a sua promulgação, salvo determinação distinta com a aprovação do Conselho Federal. Nas matérias da primeiro inciso, prevalece, na relação entre Direito federal e estadual, a lei respectivamente mais recente.

IV - Por lei federal pode ser determinado que um regulamento legal da Federação, não mais necessário de acordo com o §2, possa ser substituído por legislação dos Estados”.

O Art. 72 abre para cada Estado da Federação a possibilidade de promulgar normas de proteção ambiental com níveis de proteção mais elevados dentro de suas constituições.

O Poder Executivo é advertido expressamente no próprio texto do Art. 20a da Lei Fundamental a respeitar a primazia do Poder Legislativo. O mandamento de proteção do meio ambiente deverá ser levado em consideração pelo Poder Executivo quando da interpretação de leis e normas, especialmente aquelas que contém conceitos legais indefinidos, bem como no exercício da discricionariedade¹⁵.

Por fim, no que concerne ao Poder Judiciário, o objetivo do Estado refletido no Art. 20 a da Lei Fundamental desempenha um papel essencial como disposição normativa, referência para a interpretação e concretização de normas¹⁶, além ser vital para o preenchimento de lacunas da lei.

Portanto, o Direito alemão estabelece claramente uma titularidade estatal quanto ao Direito Ambiental, deixando à margem possibilidade de o cidadão ser titular, enquanto indivíduo, de direitos relativos ao Direito Ambiental.

15. Kloepfer, Michael, *Umweltschutzrecht*, 2. Auflage, §2, Rn. 17; Erbguth/Schlacke, *Umweltrecht*, 3. Auflage, §4, Rn.7.

16. Kloepfer, Michael, *Umweltschutzrecht*, 2. Auflage, §2, Rn. 17; Erbguth/Schlacke, *Umweltrecht*, 3. Auflage, §4, Rn.7; Decisão do Tribunal Constitucional Alemão no processo abstrato de controle de normas, BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 13. März 2007 – 1 BvF 1/05 - Rn. 111, disponível no http://bverfg.de/e/fs20070313_1bvff000105.html, visitado em 10.10.2018.

2 A PROTEÇÃO DO DIREITO AMBIENTAL NO DIREITO BRASILEIRO

A previsão do Direito Ambiental no ordenamento jurídico brasileiro não se inicia com a promulgação da Constituição Federal, mas tem nela seu ápice normativo para uma nova fase protetiva que se iniciaria no ano de sua promulgação, em 1988.

Uma década antes do advento da Constituição Federal observamos o surgimento no âmbito internacional da Declaração de Estocolmo, mais precisamente no ano de 1972 e tida pela doutrina como sendo o marco inicial internacional do Direito Ambiental. Tal Declaração vem a reconhecer, de forma inovadora até então, o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental dentre os direitos sociais do homem. José Afonso da Silva descreve que:

O que é importante – escrevemos de outra feita – é que se tenha a consciência de que o direito à vida, como matriz de todos os demais direitos fundamentais do Homem, é que há de orientar todas as formas de atuação no campo da tutela do meio ambiente. [...] a tutela da qualidade do meio ambiente é instrumental no sentido de que, através dela, o que se protege é um valor maior: *qualidade de vida*.¹⁷

Importante destacar que no ano de 1981, por meio da Lei nº 6.938/1981, foi instituída a Política Nacional do Meio Ambiente; política pública essa que foi a primeira a tratar de tal matéria no ordenamento pátrio. Todavia, tal lei foi superada com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que trouxe importantes dispositivos ambientais.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu em seu Título VIII, Capítulo VI, mais precisamente no art. 225, que “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 preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. E, desta forma, criou-se a expressão “meio ambiente ecologicamente equilibrado”, o que passaria a ser, a partir dali, um novo parâmetro jurídico como critério fundamental destinado à defesa do direito ambiental como um direito fundamental. Ainda que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não esteja previsto expressamente no rol dos direitos fundamentais, ele passou assim a ser interpretado diante do reconhecimento dado pelo Supremo Tribunal Federal ao Direito Ambiental

17. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 67.

como Direitos Humanos, mais precisamente um direito de terceira geração, que abrange a todos sem distinção.

Tal interpretação do Supremo Tribunal Federal permitiu a observação da clara superação dos ideais individualistas, muito observada na sociedade contemporânea, para alcançar o desenvolvimento sustentável por meio de políticas públicas implementadas pelo Estado, com o objetivo de atingirmos uma melhora na qualidade de vida dos cidadãos, conforme dita o fundamento contido no art. 1º, III, da Constituição Federal.

Na doutrina brasileira encontramos importante conceituação de meio ambiente nas palavras de Hugo Nigro Mazzilli, que destaca:

“O conceito legal e doutrinário é tão amplo que nos autoriza a considerar de forma praticamente ilimitada a possibilidade de defesa da flora, da fauna, das águas, do solo, do subsolo, do ar, ou seja, de todas as formas de vida e de todos os recursos naturais, como base na conjugação do art. 225 da Constituição com as Leis nº 6.938/81 e 7.347/85¹⁸. Estão assim alcançadas todas as formas de vida, não só aquelas da biota (conjunto de todos os seres vivos de uma região) como da biodiversidade (conjunto de todas as espécies de seres vivos existentes na biosfera, ou seja, todas as formas de vida em geral do planeta), e até mesmo está protegido o meio que as abriga ou lhes permite a subsistência.”¹⁹

Resta claro que o Direito Ambiental é, em verdade, um direito difuso diante da leitura atenta do disposto constitucional que afirma ser dever da coletividade e do poder público defender e preservar o meio ambiente. Nas palavras de Celso Antônio Pacheco Fiorillo²⁰, o conceito jurídico de meio ambiente é indeterminado, e isso foi realizado pelo legislador de forma proposital objetivando permitir uma maior incidência da norma jurídica à realidade social.

Observamos, portanto, que a proteção do Direito Ambiental no ordenamento jurídico brasileiro está abarcada desde o nível constitucional até o nível legal, passando pelo nível convencional como veremos a partir daqui.

No que tange à repartição de competências entre os entes federados é necessário destacar a importância dada ao Direito Ambiental pela Constituição Federal ao se estabelecer em seu art. 23 como competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios “proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas

18. Lei da Ação Civil Pública.

19. Hugo Nigro Mazzilli, 2005, p. 142-143.

20. Celso Antônio Pacheco Fiorillo, 1996, p. 31.

formas”²¹ e “preservar as florestas, a fauna e a flora”, nos incisos VI e VII, respectivamente²².

Importante julgado sobre a questão do Direito Ambiental no Brasil, em nível de controle de constitucionalidade,

O Plenário (...) julgou improcedente ação direta ajuizada contra a Lei 12.684/2007 do Estado de São Paulo, que proíbe o uso de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto no território estadual. Além disso, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 9.055/1995, que permite a extração, industrialização, comercialização e a distribuição do uso do amianto na variedade crisotila no País (...). O Colegiado salientou que, no tocante à competência legislativa para normatizar a matéria, a necessidade de busca, na Federação, de um ponto de estabilidade entre centralização e descentralização. Dessa forma, compete concorrentemente à União a edição de normas gerais e aos Estados-membros suplementar a legislação federal no que couber (...). Somente na hipótese de inexistência de lei federal é que os Estados-membros exercerão competência legislativa plena (...). Sobrevida lei federal dispoendo sobre normas gerais, a lei estadual terá sua eficácia suspensa naquilo que contrariar a federal (...). De igual modo, aos Municípios competem legislar sobre assuntos de interesse local e suplementar a legislação federal ou estadual no que couber (...). (...) No caso, a Lei 9.055/1995 admite, de modo restrito, o uso do amianto, de modo que a legislação local não poderia, em tese, proibi-lo totalmente. Porém, no momento atual, a legislação nacional sobre o tema não mais se compatibiliza com a Constituição, razão pela qual os Estados-membros passaram a ter competência legislativa plena sobre a matéria até que sobrevenha eventual nova lei federal. A Corte ressaltou que o processo de inconstitucionalização da Lei 9.055/1995 se operou em razão de mudança no substrato fático da norma. A discussão em torno da eventual necessidade de banimento do amianto é diferente

-
21. Instituição do Programa de Inspeção e Manutenção de Veículos em uso no âmbito do Distrito Federal. (...) O ato normativo impugnado não dispõe sobre trânsito ao criar serviços públicos necessários à proteção do meio ambiente por meio do controle de gases poluentes emitidos pela frota de veículos do Distrito Federal. A alegação do requerente de afronta ao disposto no art. 22, XI, da Constituição do Brasil não procede. A lei distrital apenas regula como o Distrito Federal cumprirá o dever-poder que lhe incumbe – proteção ao meio ambiente. O Distrito Federal possui competência para implementar medidas de proteção ao meio ambiente, fazendo-o nos termos do disposto no art. 23, VI, da Constituição do Brasil/1988. [ADI 3.338, rel. p/ o ac. min. Eros Grau, j. 31-8-2005, P, DJ de 6-9-2007.]
22. Ação direta de inconstitucionalidade estadual. Lei municipal que altera regime de ocupação do solo de zona de proteção ambiental. Lei municipal é a via própria para alteração do regime de ocupação do solo. [RE 519.778 AgR, rel. min. Roberto Barroso, j. 24-6-2014, 1ª T, DJE de 1º-8-2014.]

da que havia quando da edição da norma geral. Se, antes, tinha-se notícia de possíveis danos à saúde e ao meio ambiente ocasionados pela utilização da substância, hoje há consenso em torno da natureza altamente cancerígena do mineral e da inviabilidade de seu uso de forma segura. Além disso, atualmente, o amianto pode ser substituído por outros materiais (...), sem propriedade carcinogênica e recomendados pela Anvisa [Agência Nacional de Vigilância Sanitária]. Portanto, revela-se a inconstitucionalidade material superveniente da Lei 9.055/1995, por ofensa ao direito à saúde (...) ao dever estatal de redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança (...) e à proteção do meio ambiente (...). Diante da invalidade da norma geral federal, os Estados-membros passam a ter competência legislativa plena sobre a matéria, até sobrevinda eventual de nova legislação federal. Como a lei estadual questionada proíbe a utilização do amianto, ela não incide no mesmo vício de inconstitucionalidade material da lei federal.

[ADI 3.937, rel. p/ o ac. min. Dias Toffoli, j. 24-8-2017, P, Informativo 874.] = ADI 3.406 e ADI 3.470, rel. min. Rosa Weber, j. 29-11-2017, P, Informativo 886

Em síntese, podemos observar que a amplitude do conceito jurídico dado ao meio ambiente no Direito brasileiro, especialmente no âmbito constitucional, permitiu um significativo avanço na proteção ambiental que, se outro fosse o conceito jurídico dado, isso não seria possível.

3 SOBRE A TITULARIDADE DO DIREITO AMBIENTAL NA ALEMANHA E NO BRASIL

Na Alemanha, de acordo com o Art. 20a da Lei Fundamental, é ao Estado que compete a proteção dos recursos naturais vitais e dos animais. Essa tarefa não abrange a sociedade, conforme os ditames do Direito Internacional em matéria de Direito Ambiental e o próprio Direito comunitário. Problemático na Alemanha ainda é a participação pública e o direito a ser parte no processo.

O fato do Art. 20a da Lei Fundamental ser uma norma que dispõe sobre o objetivo do Estado, e não um direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente saudável, faz com que a proteção do direito material não seja concretizada através do direito de pedir a defesa, quando o Estado ou terceiro interferir de forma nociva ao meio ambiente ou o de exigir do Estado o cumprimento do dever de proteção do meio ambiente.

De acordo com o Tribunal Constitucional Alemão, a tarefa de concretizar o dever de proteção ambiental, e assim proporcionar o equilíbrio quando da colisão de interesses, cabe fundamentalmente ao legislador²³. Portanto, é o legislador que tem ampla prerrogativa para avaliar, valorar e de criação dos mecanismos necessários para a proteção do meio ambiente e de equilíbrio dos interesses que possam entrar em conflito. Além disso, o legislador está obrigado a criar mecanismos que corrijam as consequências negativas para o meio ambiente de leis por ele promulgada²⁴. Neste sentido, os Tribunais estão limitados somente a revisar a propriedade, conveniência das medidas encontradas pelo legislador e no caso do Poder Executivo se o princípio da proporcionalidade foi aplicado de forma correta na decisão da Administração.

A titularidade do direito de ação contra os atos do poder público em matéria de direito ambiental é concedida somente àquele que teve direito próprio fundamental diretamente violado pelo ato do poder público, ou seja, é aplicada aqui a teoria da proteção individual.

Em alguns casos, em que o ato administrativo é direcionado ou endereçado à um determinado particular, não haveria críticas ao sistema adotado. No entanto, muitas das decisões ou atos da administração pública em matéria ambiental acabam alcançando terceiros, e neste caso a solução é utilizar a teoria da norma de proteção desenvolvida dentro do direito de vizinhança para que o terceiro não tenha os seus direitos violados.

No Direito brasileiro observa-se o meio ambiente como parte integrante dos direitos difusos, o que implica dizer na previsão da prerrogativa jurídica de titularidade coletiva. Em outras palavras, isso vem significar a presença do Direito Ambiental como parte integrante dos Direitos Humanos, vez que a afirmação dos Direitos Humanos cabe não ao indivíduo em si, mas dentro de uma coletividade.

E cumpre destacar que essa titularidade coletiva é que possibilitou a observância do Direito Ambiental como Direitos Humanos, mais precisamente de terceira geração; em que a solidariedade é tida como o norte a ser seguido no afim de atingir a harmônica convivência dos indivíduos considerados em seu conjunto, numa sociedade.

Marcelo Abelha nos ensina que:

23. Bundesverfassungsgericht, Urteil des Ersten Senats vom 24.November 2010- 1 BvF 2/05 - Rn. (140, 148,231,235,236,310) julgamento disponível no endereço eletrônico <https://www.bundesverfassungsgericht.de>, visitado em 09.12.2018.

24. Bundesregierung, Fortschrittsbericht 2008 zur nationalen Nachhaltigkeitsstrategie, Für ein nachhaltiges Deutschland, 2008, S. 33, disponível no <http://www.bundesregierung.de>, visitada em 28.10.2018; Thomas Groß, „Welche Klimaschutzpflichten ergeben sich aus Art. 20a GG.

O interesse difuso é assim entendido porque, objetivamente estrutura-se como interesse pertencente a todos e a cada um dos componentes da pluralidade indeterminada de que se trate. Não é um simples interesse individual, reconhecedor de uma esfera pessoal e própria, exclusiva de domínio. O interesse difuso é o interesse de todos e de cada um ou, por outras palavras, é o interesse que cada indivíduo possui pelo fato de pertencer à pluralidade de sujeitos a que se refere à norma em questão²⁵.

Consequência natural deste desenvolvimento de raciocínio é a constatação de que os interesses difusos tornam-se indivisíveis, de modo a tornar claro, como no exemplo de Hugo Nigro Mazzilli²⁶, de que o meio ambiente é hígido, em que consubstancia-se por número indeterminável de pessoas, não podendo ser quantificada ou dividida entre os membros da coletividade. Desta forma, o produto de uma possível indenização obtida em razão da degradação ambiental não poderá ser repartido ente os integrantes do grupo lesado, não apenas porque cada um dos lesados não pode ser individualmente determinado, mas porque o próprio interesse em si é indivisível²⁷.

Cumpre destacar que, a despeito de haver a titularidade individual do direito ambiental, como comentado anteriormente, encontramos no direito público o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, em que aquele se sobrepõe a este em possíveis conflitos de interesse²⁸. Sobre tal conflito de interesses encontramos importante jurisprudência junto ao Supremo Tribunal Federal, o que só reforça a ideia da titularidade individual do direito ambiental.

Reserva extrativista. Conflito de interesse. Coletivo versus individual. Ante o estabelecido no art. 225 da CF, conflito entre os interesses individual e coletivo resolve-se a favor deste último. (...) Não coabitam o mesmo teto, sob o ângulo constitucional, reserva extrativista e reforma agrária.

[MS 25.284, rel. min. Marco Aurélio, j. 17-6-2010, P, DJE de 13-8-2010.]

É importante salientar que a consulta pública, não obstante se constitua em instrumento essencialmente democrático, que retira o povo da plateia e o coloca no palco dos assuntos públicos, não tem, aqui, a natureza de um plebiscito. Algumas manifestações contrárias à criação da estação ecológica não têm a força de inviabilizar o empreendimento, até porque

25. Marcelo Abelha, 2004, p. 43.

26. Hugo Nigro Mazzilli, 2005, p. 51-52.

27. Idem.

28. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, 2018, p. 112.

a finalidade da consulta pública é apenas «subsidiar a definição da localização, da dimensão e dos limites mais adequados para a unidade» (art. 5º do Decreto 4.340/2002). Isso quer dizer que a decisão final para a criação de uma unidade de conservação é do chefe do Poder Executivo. O que este se obriga a fazer, segundo a lei, é apenas ouvir e ponderar as manifestações do povo, o que, segundo a nota técnica de fls. 512/513, parece haver ocorrido. (...) Também se me afigura equivocada a alegação de que o procedimento administrativo, inicialmente instaurado para a criação de um parque nacional, acabou por conduzir à criação de uma estação ecológica para fugir à obrigatoriedade de realização da consulta pública. Primeiro, porque as reuniões públicas foram realizadas. Segundo, porque do mesmo procedimento administrativo resultou também a criação do Parque Nacional Terra do Meio. E aqui devo frisar que não há qualquer ilegalidade na criação de mais de um tipo de unidade de conservação da natureza a partir de um único procedimento administrativo. É que, não raro, os estudos técnicos e as próprias consultas às populações interessadas indicam essa necessidade, consideradas as características de cada um dos tipos de unidade de conservação. (...) Já as acusações da impetrante de que o verdadeiro motivo da criação da Estação Ecológica da Terra do Meio seria a subserviência brasileira a interesses internacionais, trata-se de alegação que não pode ser aferida em sede de mandado de segurança, por constituir matéria eminentemente fática e por isso mesmo dependente de instrução probatória. Como referiu o PGR, «ainda que fosse possível a prova de que a administração pública federal estaria em conluio com entidades internacionais ou, ao menos, operando em erro ou com alguma espécie de temor reverencial, tal comprovação certamente não poderia se efetivar na estreita via do mandado de segurança». Isso sem contar que os indícios apontados pela autora se resumem a estudos internacionais que integrariam o conjunto de subsídios técnicos da proposta, o que me parece insuficiente para se chegar à conclusão da impetrante.

[MS 25.347, voto do rel. min. Ayres Britto, j. 17-2-2010, P, DJE de 19-3-2010.]

Da jurisprudência acima apresentada podemos observar a preocupação do Poder Judiciário, mais precisamente do Supremo Tribunal Federal, em deixar clara a localização do Direito Ambiental dentro do rol dos Direitos Humanos.

CONCLUSÃO

No sistema jurídico alemão a titularidade do Direito Ambiental, determinada como objetivo estatal no Artigo 20a. da Lei Básica Fundamental, pertence ao Estado e deverá ser observada pelos três poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário. O Artigo 20a. é endereçado em primeiro lugar ao legislador, que deverá elaborar as normas de proteção ambiental, dentro da competência determinada pela Lei Fundamental Básica, como decidido pelo Tribunal Constitucional Alemão. Os poderes Executivo e Judiciário deverão observar os ditames do Artigo 20a em suas decisões, bem como na interpretação de termos e expressões da lei que necessitam de esclarecimentos para que possam alcançar os efeitos determinados em lei. A participação da sociedade é limitada, sendo permitida somente nos casos em que a decisão da administração violar direito individual de pessoa diretamente envolvida na decisão, e nos casos de organizações de defesa de direito ambiental, se estas, em seu estatuto tiver previsão de defesa do bem jurídico de direito ambiental violado ou a ser violado. Além disso, vale ressaltar que a Alemanha tem sérios desafios em relação ao cumprimento ao acesso à justiça, determinada tanto na Declaração Rio 92 como na Aarhus Convenção, em que a Alemanha é signatária.

Assim, analisando o todo exposto até aqui podemos chegar à conclusão de que a forma de observar o Direito Ambiental difere muito entre os Direitos alemão e brasileiro. Enquanto que a proteção do meio ambiente na Alemanha é tratada primariamente em três níveis: política ambiental, economia ambiental e direito ambiental; e sempre tendo suas normas jurídicas exclusivamente endereçadas ao Estado, ao contrário do que ocorre no Direito brasileiro.

Observamos, também, que no Direito brasileiro o Direito Ambiental está previsto como um direito fundamental, em que todos têm direito a um meio ambiente sadio e equilibrado; havendo, em paralelo, o dever de todos para proteger o meio ambiente. Enquanto que no Direito alemão tais previsões não existem, vez que as normas jurídicas que tratam de meio ambiente direcionam-se unicamente ao Estado alemão.

Por fim, concluímos que muito embora haja no Direito brasileiro uma maior proteção ao meio ambiente, trata-se esta de uma proteção jurídica apenas, vez que na prática nos deparamos com enormes dificuldades de efetivar mais este direito integrante dos Direitos Humanos, além de tantos outros que não são efetivados. Ao passo que no Direito alemão há uma menor titularidade jurídica do meio ambiente, como demonstrado ao longo do presente artigo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELHA, Marcelo. Ação Civil Pública e Meio Ambiente. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BOBBIO, Norberto. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

DI PIETRO, Maria Sylvia. Direito Administrativo. 31. ed. São Paulo: Forense, 2018.

ERBGUTH, Wilfried. SCHLACKE, Sabine. Umweltrecht. 3. Auflage. Baden-Baden: Nomos, 2010.

FERREIRA, Manoel Gonçalves Filho. Direitos Humanos Fundamentais. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. RODRIGUES, Marcelo Abelha. NERY, Rosa Maria Andrade. Direito Processual Ambiental Brasileiro. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

KAHL, Wolfgang. Nachhaltigkeit als Verbundbegriff. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.

KLOEPFER, Michael. Umweltschutzrecht. 2. Auflage München: Verlag Beck, 2011.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CAPÍTULO 36

A CONTRIBUIÇÃO DE TOSHIO MUKAI AO REGIME JURÍDICO DAS EMPRESAS ESTATAIS

RICARDO MARCONDES MARTINS

Doutor em Direito Administrativo pela PUC/SP. Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da PUC/SP.

INTROITO

Com muita honra aceitei participar desta justa homenagem ao Professor Dr. Toshio Mukai. Na atividade acadêmica, é bastante comum homenagens meramente protocolares. Este estudo não segue essa praxe: registro aqui meu reconhecimento à sua inestimável contribuição científica para compreensão do regime jurídico das empresas estatais. Em 1983, o Professor Toshio defendeu tese de doutoramento na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Prof. Antônio Carlos de Araújo Cintra, intitulada “Direito administrativo e empresas estatais”. No ano seguinte, a tese foi publicada pela Forense¹; vinte anos depois, em 2004, foi publicada a segunda edição, revista e atualizada pelo autor, pela Fórum². A obra é, até hoje, original. Nela, alicerço parte significativa de minha compreensão sobre a teoria das empresas estatais. Na Ciência, são sempre oportunas as memoráveis palavras de Newton: “se vi mais longe, foi por estar sobre ombros de gigantes”. Neste estudo, apresento, de modo resumido, as posições defendidas pelo autor nesse notável trabalho e pontuo minhas concordâncias e divergências.

1. MUKAI, Toshio. *Direito administrativo e empresas do Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

2. MUKAI, Toshio. *O direito administrativo e os regimes jurídicos das empresas estatais*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

1 CONCEITO UNITÁRIO DE DIREITO ADMINISTRATIVO

De início, Toshio Mukai realiza um estudo histórico sobre o conceito de direito administrativo para, em seguida, propor um conceito unitário. Observa que a teoria da dupla personalidade jurídica do Estado foi abandonada, sendo pacificamente rejeitada pelos autores contemporâneos³. Segundo ela, o Estado possuiria dupla personalidade: uma de direito público, quando atua com autoridade, e uma de direito privado, quando atua sem autoridade. Ainda que tenha sido abandonada, pacificando-se o entendimento de que o Estado tem uma única personalidade, a distinção sobreviveu e, surpreendentemente, é até hoje acolhida pela doutrina majoritária. Otto Mayer, por exemplo, separou a Administração Pública, que atua com autoridade e é regida pelo direito administrativo, da Administração Fiscal, que atua sem autoridade e é regida pelo direito privado⁴. A primeira se manifesta por atos de império, a segunda por atos de gestão. A dicotomia “atos de império/atos de gestão” é considerada superada desde o famoso caso *Blanco, em que uma menina fora atropelada por uma vagoneta do Estado francês e, apesar de o atropelamento não configurar, por óbvio, exercício de autoridade, o Tribunal de Conflitos, em 08.02.1873, reputou aplicável ao caso o direito administrativo e condenou o Estado a reparar os danos causados pelo atropelamento, apesar da inexistência de culpa do motorista*⁵.

A dicotomia “atos de império/atos de gestão” foi superada em 1873, mas a doutrina, conforme já antecipado, insiste na tese da dualidade de regimes aplicáveis à Administração Pública. Com efeito: a doutrina majoritária considera possível a Administração Pública ser regida pelo direito administrativo e ser regida pelo direito privado. Bastam três importantes exemplos. No direito alemão, Hans J. Wolff pressupõe o exercício da autoridade para que haja incidência do direito administrativo, de modo que se a Administração atua sem autoridade é regida pelo direito privado⁶. Na doutrina espanhola, Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández admitem a aplicação do direito privado à Administração, em parte do direito das organizações e do direito patrimonial, quando não exista atividade “tipicamente” administrativa⁷. Na doutrina brasileira,

3. Idem, p. 41 et seq.

4. MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán* – tomo I. Tradução de Horacio H. Heredia e Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Depalma, 1949, p. 188.

5. LONG, Marceau et al. *Jurisprudencia administrativa del consejo de Estado Francés: grands arrêts*. Tradução Katy Balan Somlo e Carlos Luengo Martín. 20. ed. Madrid: INAP, 2017, p. 27 a 35.

6. WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. *Direito administrativo* – v. I. Tradução António F. de Sousa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, p. 268.

7. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho*

destaca-se — apenas a título de exemplo, pois a posição é quase pacífica — Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem é possível a incidência do direito privado sobre a Administração Pública, o que o leva a aceitar a existência de atos e contratos da Administração em contraposição aos atos e contratos administrativos⁸.

Toshio Mukai percebeu o absoluto desacerto dessa doutrina consolidada. A Administração Pública jamais pode atuar sob os princípios do direito privado⁹. Defendeu, então, a corrente unitária, absolutamente correta, segundo a qual é conceitualmente inconcebível cogitar a aplicação do direito privado às atividades administrativas; a Administração Pública só é regida pelo direito administrativo¹⁰. De minha parte, muitos anos após a publicação da primeira edição da tese de Toshio, sustentei a mesma posição. Wolff está correto quando afirma que o critério para identificação do direito Administrativo é o “sujeito de imputação”: o direito administrativo é aplicável quando sujeito de imputação é a Administração Pública¹¹, mas está equivocado quando condiciona essa incidência à presença de autoridade. García de Enterría e Ramón-Fernández estão corretos quando afirmam que o direito administrativo é um “direito estatutário”, pois é o estatuto da Administração Pública¹², mas se equivocam quando não o consideram um critério absoluto. Toshio Mukai apresenta as bases para a tese correta: sempre que o sujeito da imputação for a Administração Pública haverá incidência do direito Administrativo, este é o direito estatutário da Administração Pública. Trata-se de um critério absoluto e infalível: a presença da Administração leva à inexorável incidência do direito administrativo¹³.

Com argúcia, Toshio Mukai observa que no Estado Absolutista, próprio do Antigo Regime, a invocação do direito privado quando do exercício de atividades administrativas deu-se em proteção aos particulares.

administrativo – v. I. Tradução de José Alberto Froes Cal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 75-79.

8. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 395 e 637.

9. MUKAI, Toshio. *O direito administrativo e os regimes jurídicos das empresas estatais*, op. cit., p. 48

10. Idem, p. 100.

11. WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. *Direito administrativo* – v. I, op. cit., p. 268.

12. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito administrativo* – v. I, p. 59.

13. Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. Princípio da liberdade das formas no Direito Administrativo. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio et al. *Direito administrativo e liberdade*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 641-687; MARTINS, Ricardo Marcondes. Qual é o critério para a incidência do Direito Administrativo? Revista Colonistas de Direito do Estado, www.direitodoestado.com.br, n. 257, 16.09.2016. Disponível em: <<https://goo.gl/j3mP0H>>. Acesso em 23.01.2019.

Pretendia-se evitar o arbítrio contra a liberdade individual. Assim, por exemplo, se quando atuasse com a autoridade, sujeito ao direito público, o Estado era irresponsável pelos danos causados¹⁴, quando atuasse como Fisco, sujeito ao direito privado, respondia como qualquer particular. Com o fim do Antigo Regime e a indiscutível submissão do Estado ao Direito, mesmo no exercício da autoridade, a invocação do direito privado tornou-se despropositada. Pelo contrário, o direito administrativo tornou-se um importante meio de proteção dos interesses públicos. Nas palavras do conspícuo publicista: “o direito público, portanto, ganha novamente notável importância, porque já não se justifica, política, jurídica e eticamente a obsessão pela aplicação do direito privado à atuação estatal, pois já não se trata de proteger a liberdade do indivíduo, e sim os recursos públicos e a melhor prestação de serviços pelo Estado”¹⁵.

Celso Antônio Bandeira de Mello caracteriza o regime de direito administrativo a partir de dois princípios fundamentais: a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público¹⁶. A supremacia, segundo sua proposta inicial, atribui à Administração uma posição privilegiada e de supremacia; quando a Administração se despoja de sua posição extroversa, não se sujeitaria a esse princípio. Em 2012, Celso Antônio retificou sua posição: o princípio da supremacia gera também restrições à Administração, que estão presentes independentemente de uma posição extroversa¹⁷. Eis a ideia-chave, já percebida por Toshio Mukai em sua tese de doutoramento: se o interesse da Administração Pública é o interesse do povo — e não dos agentes públicos —, se os bens e os recursos são, em última análise, pertencentes à coletividade — e, insiste-se, não aos agentes públicos —, faz-se necessário um regime protetor desses interesses, bens, recursos; um regime que os blinde do mau exercício funcional¹⁸.

Se antes, no Antigo Regime, a obsessão pela aplicação do direito privado à Administração Pública era justificada por anseios legítimos, no presente ela configura uma fuga dos obstáculos juridicamente erigidos contra o mau exercício funcional, uma fuga da blindagem dos interesses,

14. Segundo a teoria clássica da soberania o Soberano, com representante de Deus na terra, não se sujeitava ao Direito. Por todos: BODIN, Jean. *Los seis libros de la República*. Traducción de Pedro Bravo Gala. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2006, p. 47 et seq.

15. MUKAI, Toshio. *O direito administrativo e os regimes jurídicos das empresas estatais*, op. cit., p. 79.

16. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, São Paulo, n. 1, p. 347 a 374, abr.-jun. 2017.

17. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 74-75.

18. Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Princípio da liberdade das formas no Direito Administrativo*, op. cit., p. 659-660.

bens e recursos, tão necessária para sua adequada proteção. Se antes se dava em prol dos administrados, hoje se dá contra eles. A fuga para o direito privado (*Flucht ins Privatrecht*) tornou-se um eficaz mecanismo de corrupção¹⁹.

A sobrevivência e o acolhimento generalizado da dualidade de regimes, porém, não se alicerçam apenas na má-fé e na corrupção. É certo que muitos doutrinadores, ao defenderem a submissão do direito privado à Administração, não o fazem por motivos escusos. Qual a explicação? No filme “A liberdade é azul”, o cineasta Kieslowski homenageia a Revolução Francesa a partir do drama de Julie, que logo na cena inicial perde seu marido e filha num atropelamento. O drama intimista proposto pelo cineasta é apenas uma metáfora para a questão política. A explicação é dada, primeiro, por Alexis de Tocqueville²⁰ e depois, baseado neste, por Eduardo García de Enterría²¹: a Revolução Francesa não estabeleceu o novo regime do zero; pelo contrário, aproveitou boa parte dos conceitos, institutos e valores do Antigo Regime. Assim como foi difícil para Julie reconstruir sua vida depois do trágico acidente, tendo em vista o doloroso aprisionamento à memória de seus entes queridos, foi difícil para a doutrina reconstruir a teoria estatal. Dessarte: boa parte da doutrina continua aprisionada aos conceitos do passado²². Afirma a existência de um direito privado da Administração Pública como se ainda houvesse atos de gestão ou Administração Fiscal. Na doutrina brasileira, a tese de Toshio Mukai foi um brado de libertação.

2 REGRAS PRIVADAS APLICÁVEIS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Mesmo para quem adota a posição unitária, é indiscutível a possibilidade de algumas regras privadas, como algumas regras de direito obrigacional ou patrimonial estabelecidas no Código Civil, incidirem sobre a Administração Pública. Em relação a essa questão, Toshio Mukai também contribui para o avanço científico. A premissa do raciocínio é o enfrentamento da seguinte questão: o que define um regime jurídico são as regras incidentes ou os princípios? A palavra “princípio” aí é utilizada no significado de elemento estruturante, alicerce, viga mestra, que dá

19. A expressão “fuga para o direito privado” é de FLEINER, Fritz. *Instituciones de derecho administrativo*. Tradução de Sabino A. Gendín. Barcelona: Labor, 1933, p. 263.

20. TOCQUEVILLE, Alexis de. *O antigo regime e a Revolução*. Tradução de Rosemary Costbek. Abílio. São Paulo; WMF Martins Fontes, 2009, Livro II, p. 40 et seq.

21. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Revolución francesa y administración contemporánea*. 4. ed., reimpr. Madrid: Civitas, 2005, p. 52 et seq.

22. Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria jurídica da liberdade*. São Paulo: Contracorrente, 2015, p. 102-106.

sentido harmônico ao conjunto de regras jurídicas²³. A expressão “regime jurídico” diz respeito, regra geral, a todas as normas jurídicas incidentes sobre uma dada situação e, pois, tanto a regras como a princípios. Assim como há princípios gerais que se referem ao direito como um todo, como o princípio do Estado de Direito, há princípios mais específicos, que regem o direito privado, como o princípio da autonomia da vontade, ou que regem o direito público, como o princípio da supremacia do interesse público, e princípios mais específicos ainda, que regem sub-ramos do direito, como o princípio da anterioridade tributária, e ainda mais específicos, que regem apenas um aspecto de um sub-ramo, como o princípio da continuidade dos serviços públicos. O problema surge quando há incidência de uma regra de um ramo jurídico — como uma regra do Código Civil —, a uma situação disciplinada por princípios de outro ramo jurídico — como uma situação da Administração Pública. O regime jurídico da situação é definido pela regra ou pelos princípios incidentes? Toshio Mukai dá a resposta: o regime jurídico é prioritariamente estabelecido pelos princípios incidentes.

Os princípios regentes da função administrativa informam toda atuação administrativa, dão unidade ao conjunto normativo disciplinador da Administração Pública, de modo que todas as regras incidentes sobre ela devem ser entendidas à luz deles²⁴. Daí sua conclusão: quando a Administração Pública se vale de uma “forma” de direito privado não incide uma norma privada e, pois, o regime de direito privado, entendido a partir do princípio geral da autonomia da vontade, pois a “forma privada” incorpora-se ao regime de direito administrativo, sendo compreendida a partir dos princípios que compõem esse regime. Nas palavras de Toshio: “tais normas, ainda que sob formas de direito privado, não são idênticas às que regem as relações jurídicas privadas, porque as relações de administração que elas regem estão dominadas por uma finalidade pública que inexiste como fundamental na relação de administração privada”²⁵. Por isso, trata-se, na verdade, da incorporação pelo regime de direito administrativo de “formas de direito privado”. Nesse sentido, com pena de ouro, define a abrangência do regime de direito administrativo:

O regime jurídico-administrativo, destarte, se estrutura

23. O sentido foi difundido na doutrina brasileira por BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Criação das Secretarias Municipais. *Revista de Direito Público, São Paulo, n. 15, ano IV, p. 284-288, jan.-mar. 1971*; *Curso de direito administrativo, op. cit., p. 54*. A expressão “princípio jurídico” é ambígua. Sobre o tema vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. *Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 13 et seq.*

24. MUKAI, Toshio. *O direito administrativo e os regimes jurídicos das empresas estatais*, op. cit., p. 122-123.

25. *Idem*, p. 127.

concretamente mediante a utilização, pelo Estado, de normas de direito público e formas de direito privado, em ambos os casos estando presentes, como elementos externos que limitam a liberdade de autodeterminação do agente do Estado, os princípios jurídicos fundamentais do direito público e do direito administrativo, em variada escala de intensidade²⁶.

A importância dessa conclusão é manifesta. Enfatiza-se: é um equívoco conceitual falar-se em aplicação de “normas de direito privado” à Administração Pública²⁷. As normas privadas são compreendidas a partir da autonomia da vontade, princípio incompatível com o exercício da função administrativa. Deveras: as regras extraídas do Código Civil, quando aplicáveis à Administração, são regras de direito administrativo, compreendidas à luz dos princípios que regem a função administrativa. Coerente com essa conclusão, Toshio Mukai invoca a lição de Cassagne sobre a aplicação de regras privadas ao direito administrativo. Como o direito administrativo surgiu muito depois do direito privado — o primeiro desenvolveu-se após a Revolução Francesa, a partir da jurisprudência do Conselho de Estado; o segundo remonta ao direito romano —, por muito tempo qualificou-se o direito civil como direito comum e o direito administrativo como direito exorbitante, levando à falsa ideia de que o direito civil aplica-se subsidiariamente ao direito Administrativo: na falta de norma especial, aplica-se a norma comum. Cassagne assinala o contrário: não há aplicação subsidiária, mas analógica:

En cambio, la aplicación de normas del derecho civil en materia administrativa no obedece a una relación de subsidiariedad sino al procedimiento de elaboración de normas por intermedio de la analogía.

La diferencia entre un procedimiento y otro estriba precisamente en que la aplicación de normas civiles al derecho administrativo mediante la analogía no se realiza supliendo el vacío con la aplicación directa de la norma, como acontecería de aceptarse el criterio de la subsidiariedad, sino que por el contrario, su aplicación requiere una labor de integración y adaptación con los principios y normas que estructuran el derecho administrativo²⁸.

Interessante observar que Bartolome A. Fiorini, também invocado por Toshio, afirma o contrário — que a aplicação se dá de modo subsidiário e não analógico —, mas a divergência é apenas terminológica.

26. Idem, p. 128.

27. Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 111 a 114.

28. CASSAGNE, Juan Carlos. *El acto administrativo*. 2. ed. Buenos Aires, 1981, p. 51-52.

Não há, segundo ele, aplicação à Administração da norma privada tal qual configurada no direito privado, mas uma releitura da norma privada à luz do direito público:

Aplicación de normas analógicas y aplicación de normas subsidiarias no tiene identidad, pues la subsidiaria, al funcionar dentro de la actividad de la administración, recibe recondicionamientos que hacen a la variación y a la técnica jurídica del derecho administrativo. La técnica específica de las normas del Código Civil no puede convivir plenamente con la que proviene de la administración pública. La norma subsidiaria se introduce condicionada al hueco que dejan las normas administrativas específicas y las que le son peculiares, es decir que deberá aplicarse la norma subsidiaria en función de principios generales del derecho administrativo y del derecho en general; será muy difícil que se apliquen en forma exhaustiva y directa normas y principios específicos del derecho civil²⁹.

Ambos os autores defendem a não aplicação pura e simples da norma privada à Administração Pública. Há uma reelaboração, uma releitura, exigida pelos princípios que regem o regime jurídico-administrativo. Cassagne chama essa reelaboração de aplicação analógica, Fiorini de aplicação subsidiária. Independentemente da divergência terminológica, enfatiza-se: a norma privada, em si, não é aplicável ao direito Administrativo.

3 ATOS E CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO

As conclusões anteriores — incompatibilidade do direito privado com a Administração Pública e, de modo correlato, a não aplicação a ela de regras privadas —, implicam o equívoco conceitual dos chamados “atos da Administração” e dos “contratos da Administração”, ambos supostamente regidos pelo direito privado. Em relação aos atos, Toshio Mukai segue as lições de Bartolome A. Fiorini: “así como el particular sólo puede producir actos privados, la administración pública sólo puede producir actos administrativos”³⁰. Nas palavras de Toshio: “não aceitamos aquela distinção entre atos administrativos *stricto sensu* e atos de direito privado da Administração, porque tal distinção, se bem analisada, representa resquício de uma teoria superada (a da dupla personalidade do Estado), e porque tal distinção repousa sobre circunstância destituída de fundamento científico”³¹. E pouco adiante: “mesmo quando a

29. FIORINI, Bartolome A. *Manual de derecho administrativo* – primera parte. Buenos Aires: La Ley, 1968, p. 93.

30. FIORI, Bartolome A. *Teoría jurídica del acto administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1976, p. 40.

31. MUKAI, Toshio. *O direito administrativo e os regimes jurídicos das empresas estatais*, op. cit., p. 312.

Administração pratica atos sob forma privada, ela está produzindo atos administrativos”³².

Em relação aos contratos da Administração, a mesma conclusão se impõe: configuram evidente equívoco conceitual. *In verbis*: “os denominados ‘contratos privados’ da Administração não podem existir tal como os contratos de direito privado entre particulares”³³. E, logo em seguida, complementa: “A finalidade sempre pública, sempre de interesse público, ainda quando se trate de contratos patrimoniais ou de fins instrumentais, faz com que os princípios de direito público incidam sobre sua celebração, havendo-se que considerá-los, pelo seu conteúdo, como contratos públicos”³⁴. Em suma: não existem atos e contratos da Administração, todo os atos editados pela Administração e “contratos” celebrados por ela são atos e contratos administrativos, regidos pelo direito público³⁵.

4 SERVIÇO PÚBLICO E ATIVIDADE ECONÔMICA

Quando Toshio Mukai defendeu sua tese de doutorado, em 1983, não havia ocorrido a queda do Muro de Berlim (1989), nem terminado a URSS (1991), nem ocorrido a assinatura do Tratado da União Europeia (1992). Vigorava na época a primeira crise do serviço público, decorrente de sua insuficiência, na jurisprudência do Conselho de Estado francês, como critério fundamental para divisão de competências entre o Judiciário e o Conselho de Estado. Após esses eventos, ocorreu a segunda crise do serviço público, decorrente da rejeição da titularidade estatal³⁶. Assim, se era problemática a separação entre serviço público e atividade econômica

32. *Idem*, p. 314.

33. *Idem*, p. 332.

34. *Idem*, *ibidem*.

35. Em relação aos atos: MARTINS, Ricardo Marcondes. Efeitos dos vícios do ato administrativo, *op. cit.*, p. 111-114. Consideram-se os chamados “contratos administrativos” espécies de atos administrativos, atos administrativos bilaterais. Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. Estudos de direito administrativo neoconstitucional. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 374 et seq. Não existem, de fato, atos editados e contratos celebrados pela Administração ou, mais tecnicamente, atos administrativos unilaterais e bilaterais regidos pelo Direito privado, mas é possível a adoção, para ambos, de formas privadas. Nada impede utilizar-se a expressão “atos da Administração” e “contratos da Administração” para se referir aos atos e contratos administrativos de forma privada desde que se perceba que eles também são regidos pelo Direito público (*Idem*, p. 360; MARTINS, Ricardo Marcondes. Princípio da liberdade das formas no Direito Administrativo, *op. cit.*, p. 670 et seq.).

36. Sobre ambas as crises do serviço público vide MARTINS, Ricardo Marcondes. Contribuição ao revigoramento da teoria do ato administrativo. In: MARTINS, Ricardo Marcondes (coord.). *Estudos contemporâneos sobre a teoria dos atos administrativos*. Curitiba: CRV, 2018, p. 12 a 14; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Serviço público e concessão de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 56-62.

em 1983, hoje o problema se intensificou. Toshio Mukai concluiu, com absoluto acerto, que à luz da Constituição brasileira de 1969 impunha-se a diferenciação jurídica entre exploração de atividade econômica pelo Estado e prestação de serviços públicos³⁷. A dicotomia, perante a Constituição de 1988, manteve-se³⁸: atividade econômica é uma atividade prioritariamente privada, mas excepcionalmente explorada pelo Estado, quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou ao relevante interesse coletivo, nos termos do art. 173 da CF/88; serviços públicos são atividades de titularidade estatal³⁹.

O conceito de serviço público envolve três aspectos: o subjetivo, segundo o qual serviço público é a atividade de titularidade estatal; o objetivo ou material, segundo o qual serviço público é a atividade de interesse público; e o formal, segundo o qual serviço público é atividade regida pelo direito público⁴⁰. Mukai considera os aspectos subjetivo e formal insuficientes para a caracterização do serviço público: para que uma atividade seja serviço público não basta a vontade do agente normativo, faz-se necessária uma “necessidade essencial”⁴¹. Observa que também a exploração de atividade econômica pelo Estado deve fundamentar-se no interesse público, mas diferencia: enquanto o interesse público que fundamenta o serviço público é de ordem objetiva, o interesse público que fundamenta a exploração estatal de atividade econômica é de ordem subjetiva⁴².

Em relação a essa conclusão, discorda-se parcialmente do ínclito administrativista. Não basta, de fato, a vontade do agente normativo — do editor da Constituição federal, da Constituição estadual e da Lei Orgânica municipal —⁴³ para que uma atividade material de fruição singular⁴⁴ seja considerada serviço público. Exige-se que a atividade material de fruição

37. MUKAI, Toshio. *O direito administrativo e os regimes jurídicos das empresas estatais*, op. cit., p. 174 et seq.

38. Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 193 et seq.

39. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria jurídica da liberdade*, op. cit., p. 175 et seq.

40. Sobre esses três critérios vide, por todos: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Serviço público e concessão de serviço público*, op. cit., p. 33 et seq.

41. MUKAI, Toshio. *O direito administrativo e os regimes jurídicos das empresas estatais*, op. cit., p. 220.

42. *Idem*, p. 220-223

43. Não cabe ao legislador infraconstitucional qualificar uma atividade como serviço público. Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*, op. cit., p. 212-217. Em sentido contrário: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo, op. cit., p. 719 et seq.

44. Ao contrário de Toshio Mukai, adota-se um conceito estrito de serviço público, apartando-o da função pública e das atividades *sui generis*: serviço público é atividade material e não atividade jurídica, de fruição singular e não de fruição geral (MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*, op. cit., p. 202-209).

singular seja considerada de titularidade estatal, mas também que seja necessária, imprescindível ou, ao menos, de extraordinária utilidade à sociedade⁴⁵. Perceba-se: não se exige, ao contrário do que afirma Mukai, que o interesse público a justificar o serviço público seja objetivo, vale dizer, que independa da opinião do agente competente, decorra de competência vinculada e não de competência discricionária. Admite-se que a opinião do agente competente seja crucial para caracterizar uma atividade material como serviço público. Em termos técnicos: o peso do princípio formal que dá primazia às ponderações do agente normativo pode ser decisivo para a validade da qualificação de uma atividade como serviço público⁴⁶.

O que diferencia, então, os serviços públicos das atividades econômicas estatais são os aspectos subjetivo e formal, e não o aspecto material. Primeiro: serviços públicos, ao contrário das atividades econômicas, são atividades de titularidade estatal. Ressalvadas as atividades discriminadas no art. 177 da CF/88, qualificadas como monopólios federais, quando o Estado explora atividade econômica ele concorre com os particulares. Segundo: o regime jurídico dos serviços públicos difere do regime jurídico das atividades econômicas estatais. Por exemplo: para que a concorrência com os particulares não seja desleal, ao contrário do que ocorre com os serviços públicos, deve o Estado submeter-se parcialmente a regras privadas⁴⁷.

Registrada essa divergência, num ponto há concordância integral: a exploração de serviço público e a prestação estatal de atividades econômicas submetem-se, no direito brasileiro, por determinação constitucional, a regimes jurídicos distintos. A pretensão doutrinária e legislativa de equiparar os regimes atenta contra a Constituição brasileira⁴⁸.

5 EMPRESAS ESTATAIS

Toshio Mukai, em sua tese de doutorado, propôs utilizar a expressão “empresas estatais” apenas para as empresas do Estado que exploram atividade econômica, e a expressão “empresas públicas em sentido amplo”,

45. Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*, op. cit., p. 209-212.

46. Sobre a teoria dos princípios formais, vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria dos princípios formais. In: FERNANDES, Felipe Gonçalves (org.). *Temas atuais de direito administrativo*. São Paulo: Intelecto, 2016, p. 01-33.

47. Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*, op. cit., p. 268 et seq.

48. Idem, p. 193 et seq. Por isso, o art. 1º da Lei Federal 13.303/16 é inconstitucional. Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. Estatuto das empresas estatais à luz da Constituição Federal. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS Ricardo Marcondes (coord.). *Estatuto jurídico das empresas estatais*. São Paulo: Contracorrente, 2018, p. 69.

abrangente das sociedades de economia mista e das empresas públicas em sentido estrito, para se referir às empresas do Estado que prestam serviços públicos⁴⁹. Para ele, as primeiras (empresas estatais), ao contrário das últimas (empresas públicas) não são integrantes da Administração Indireta⁵⁰. A proposta, apesar de mantida na segunda edição, não é, com toda vênua, compatível com o texto da Constituição de 1988, o que justifica, nesse ponto, não ter se consagrado.

Com efeito: o art. 37 da CF/88, ao se referir à Administração Indireta, em nenhum momento dá a entender que exclui as empresas exploradoras de atividade econômica. Pelo contrário, tudo leva a crer que nos diversos dispositivos, quando se refere à Administração Indireta, refere-se também a elas. Adota-se, por isso, ao contrário de sua proposta, o entendimento consagrado na doutrina majoritária: “empresa estatal” é expressão relativa ao gênero, abrangente de todas as empresas públicas e sociedades de economia mista, independentemente da atividade exercida, e todas são integrantes da Administração Indireta.

Feita essa ressalva, impõe-se efetuar outra: adotado um conceito estrito de serviço público — restrito às atividades materiais *uti singuli de titularidade estatal* —, *criaram-se empresas estatais não apenas para exploração de atividade econômica e prestação de serviços públicos, mas para quase todas as atividades da Administração Pública: construção de obras públicas, realização de poder de polícia, controle de concessionários de serviço público. A expressão “serviços públicos”, em relação às empresas estatais, passou a ser utilizada por sinédoque: para abranger todas as atividades que não configuram exploração estatal de atividade econômica*⁵¹. Dito isso, é possível apresentar sua tese mais polêmica.

6 CONTRAFAÇÕES DE AUTARQUIAS

Toshio Mukai percebeu, de modo pioneiro, a incompatibilidade entre a aplicação do direito privado à prestação dos serviços públicos. Se são atividades de titularidade estatal, não faz sentido serem prestados por supostas “pessoas jurídicas de direito privado”. Daí sua conclusão: a forma privada, quando se trata de atividades públicas diversas da exploração da atividade econômica, configura uma fraude. Percebeu que tanto a CF/69, como também a CF/88, não admitem a criação de sociedades de economia

49. MUKAI, Toshio. *O direito administrativo e os regimes jurídicos das empresas estatais*, op. cit., p. 148 et seq.

50. Idem, p. 297.

51. Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estatuto das empresas estatais à luz da Constituição Federal*, op. cit., p. 56-57.

mista e empresas públicas para prestação de serviços públicos, mas apenas para a exploração de atividade econômica. Essa assertiva não se extrai apenas do Decreto-lei 200/67, mas, hoje, do art. 173 da CF/88⁵². Em suas palavras:

Conclui-se, pois, que quando o legislador ordinário cria uma empresa pública (*lato sensu*) para gerir serviço público industrial ou comercial diante do texto constitucional brasileiro, ele comete uma impropriedade jurídica flagrante, devendo então a personalização privada que a lei correspondente operar ser tomada como simulação jurídica.

Somente quando o legislador utilizar a empresa pública (*stricto sensu*), ou a sociedade de economia mista, para a exploração de atividade econômica simples, é que temos uma atuação afeiçãoada ao texto constitucional⁵³.

Diante da criação de dezenas — senão de centenas — de empresas estatais para exploração de atividade econômica, Toshio Mukai, com absoluto acerto científico, sustenta a inaplicabilidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Esta se presta quando a instituição da pessoa jurídica é válida, mas sua atuação em concreto é inválida. No caso das empresas estatais não exploradoras de atividade econômica, a própria criação é inválida. E diante da invalidade, o que fazer? Aplicar o regime jurídico correto, que é o regime de direito público. Transcreve-se sua lição:

É evidente que aqui, mais do que em qualquer outra hipótese, a personalidade privada é uma fachada que esconde propósitos para afastar o regime jurídico de direito administrativo. De outro modo, quando a forma não condiz com a realidade, mesmo nos sistemas de direito escrito, não há nenhuma necessidade de lei autorizativa da desconsideração, para que tal ocorra⁵⁴.

E pouco adiante:

Seja como for, porém, no caso das empresas públicas de que tratamos, não nos parece que seja suficiente a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, sendo, ao contrário, e na realidade, um verdadeiro caso de simulação jurídica ou abuso de forma, que compete ao direito repelir.

Isto porque a desconsideração da pessoa jurídica tem relação com o desconhecimento da personalidade para efeitos certos e determinados, enquanto que na simulação ou na ‘aparência’ (ou na ‘interposição de pessoas’) o

52. MUKAI, Toshio. *O direito administrativo e os regimes jurídicos das empresas estatais*, op. cit., p. 259.

53. Idem, *ibidem*.

54. Idem, p. 265.

afastamento do valor jurídico da personalização se dá no plano do permanente⁵⁵.

A tese é acertada. Empresas estatais não exploradoras de atividade econômica são contrafações de autarquias, vale dizer, autarquias disfarçadas de empresas estatais. Uma fraude, resolvida pela aplicação do regime correto: o regime de direito público⁵⁶. Toshio enfrenta, então, a necessidade de registro público e apresenta a solução correta; trata-se de uma formalidade que não tem o condão de alterar o regime jurídico:

Parece-nos ser essa [registro dos atos constitutivos] uma providência, no caso, totalmente formal que não tem o condão de alterar o regime administrativo da empresa. Tal registro nada mais é do que o complemento da simulação iniciada pela lei de criação; é uma forma a mais de dar à publicidade a existência de descentralização, e de autonomizar o serviço público de que se cogite⁵⁷.

O regime aplicável a essas entidades é inteiramente público: o regime de pessoal é o estatutário (e não o celetista)⁵⁸, devem se submeter ao mesmo regime licitatório da Administração Direta⁵⁹; seus bens são públicos⁶⁰, o controle sobre elas é idêntico ao controle autárquico.

7 EXPLORAÇÃO ESTATAL DE ATIVIDADE ECONÔMICA

Em relação às empresas estatais que exploram atividade econômica, Toshio Mukai sustenta a parcial submissão ao direito privado. Nesse caso, diz, a “realidade condiz com a forma” e, por isso, há “realmente a aplicação do direito privado”⁶¹. Afirma que elas não estão sujeitas ao controle do Tribunal de Contas⁶², seus contratos não são administrativos, mas típicos contratos privados⁶³ e não se sujeitam à licitação, mas à “livre eleição” do contratante⁶⁴. Discorda-se, nesse ponto, do ínclito jurista. Ele não considerou essa tese contraditória com as premissas inicialmente fixadas

55. Idem, p. 266.

56. Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estatuto das empresas estatais à luz da Constituição Federal*, op. cit., p. 63-69.

57. MUKAI, Toshio. *O direito administrativo e os regimes jurídicos das empresas estatais*, op. cit., p. 268, esclarecimento nosso.

58. Idem, p. 270-276.

59. Idem, p. 276-277.

60. Idem, p. 269-270.

61. Idem, p. 154.

62. Idem, p. 297.

63. Idem, p. 303.

64. Idem, p. 342.

porque considerou que essas empresas não integram a Administração indireta, sendo autênticas entidades “paraestatais”. Nos termos antecipados, discorda-se: são integrantes, sim, da Administração e, sendo Administração, não se sujeitam ao regime de direito privado.

A literalidade do texto constitucional parece contrariar a posição aqui defendida. Nos termos do art. 173, §1º, II (com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 19/98, embora a regra já constasse do texto originário do §1º), as empresas estatais exploradoras de atividade econômica submetem-se ao “regime jurídico próprio das empresas privadas”. Impõe-se, aí, uma interpretação sistemática e não apenas literal: várias regras constitucionais impõem a incidência do regime administrativo às empresas estatais, sem exclusão das exploradoras de atividade econômica. É racional e coerente que assim seja: os interesses, os bens, os recursos dessas entidades, em última análise, não são dos dirigentes, mas do povo. Se o capital dessas entidades é — integralmente, em relação às empresas públicas, e majoritariamente, em relação às sociedades de economia mista — público, então pertence, em última análise, ao povo. Logo, deve ser também blindado contra o mau exercício funcional⁶⁵.

Como se explica a regra constitucional, então? Simples: há duas justificativas para a incidência de regras privadas sobre essas empresas. Primeira, quando a incidência das regras de direito público inviabilizar o exercício da atividade econômica; segunda, quando sua incidência tornar desleal a concorrência com os particulares. Nesses dois casos não há fuga para o direito privado, mas incidência legítima de regras privadas⁶⁶. Nos termos da conclusão anterior, ainda aí não se tratará de aplicação do regime de direito privado, pois o princípio fundamental não é o da autonomia da vontade. O dinheiro público de uma empresa estatal exploradora de atividade econômica também é indisponível. Por isso, é incorreto supor que, regra geral, as contratações dessas empresas seguem a liberdade. Ao revés, descabe a arbitrariedade, impõe-se a ótima realização do interesse público.

CONCLUSÕES

1. Discutiu-se neste estudo a contribuição científica de Toshio Mukai apresentada em sua tese de doutoramento. De início, considerou-se acertada a tese do conceito unitário do direito administrativo: é o estatuto

65. Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estatuto das empresas estatais à luz da Constituição Federal*, op. cit., p. 74 et seq.

66. *Idem*, p. 75.

da Administração Pública, incidente sempre que ela estiver presente numa relação jurídica. Logo, o regime de direito privado é conceitualmente incompatível com a Administração Pública.

2. Quando regras de direito privado incidem sobre a Administração Pública não há incidência do regime de direito privado, porque o regime jurídico é prioritariamente definido pelos princípios jurídicos e não pelas regras. A regra privada é incorporada ao regime de direito administrativo e, assim, compreendida à luz dos princípios que regem a função administrativa. Por isso, acertadamente, ele chama essas situações de “formas de direito privado” incorporadas ao direito administrativo.

3. Em decorrência das duas premissas anteriores, o ínclito administrativista conclui com absoluto acerto pela inexistência dos chamados atos da Administração e contratos da Administração, que seriam, segundo muitos, regidos pelo direito privado. Todos os atos editados pela Administração Pública são atos administrativos e todos os contratos por ela celebrados são contratos administrativos, ambos regidos pelo direito administrativo.

4. Na época em que escreveu sua tese de doutorado, vivenciava-se a primeira crise do serviço público; hoje vivencia-se a segunda crise. Apesar disso, continua correto o entendimento de que a Constituição impõe regimes jurídicos distintos para a prestação de serviços públicos e para a exploração estatal de atividade econômica.

5. Concorde-se quando afirma que o aspecto material é necessário para a conceituação do serviço público, pois não basta a vontade do agente competente para atribuir uma atividade material de fruição singular à titularidade estatal; para tanto, a atividade deve ser necessária, imprescindível ou, ao menos, de extraordinária utilidade para a sociedade.

6. Discorda-se, porém, quando afirma que a diferença entre serviço público e atividade econômica estatal está no aspecto material, de modo que o fundamento para o primeiro seria um interesse público objetivamente considerado e para a segunda um interesse público subjetivamente considerado. Em sentido contrário, admite-se que a qualificação de uma atividade como serviço público decorra do exercício de competência discricionária. A diferença está nos critérios subjetivo e formal: serviços públicos, ao contrário das atividades econômicas, são de titularidade estatal; e os regimes incidentes são distintos, pois, ao contrário do que ocorre com os serviços públicos, incidem regras privadas sobre a exploração estatal da atividade econômica.

7. A proposta de Toshio Mukai de utilizar a expressão “empresa estatal” para se referir apenas às exploradoras de atividade econômica e a expressão “empresa pública em sentido amplo” para se referir apenas às prestadoras de serviço público não foi acolhida pela comunidade jurídica. Adota-se, por isso, a posição prevalente: empresa estatal refere-se ao gênero, vale dizer, a todas as empresas estatais, independente da atividade que exercem. Ademais, sua opinião de que as empresas estatais exploradoras de atividade econômica não integram a Administração Indireta contraria o texto constitucional vigente. Todas as empresas estatais, independente da atividade exercida, integram-na. Apesar disso, aceita-se sua conclusão de que a Constituição brasileira não admite submeter as exploradoras de atividade econômica e as prestadoras de serviço público ao mesmo regime jurídico.

8. Com absoluto acerto, percebeu a incompatibilidade das empresas prestadoras de serviço público com as regras de direito privado. A forma privada, nesse caso, configura uma fraude à Constituição, verdadeira simulação jurídica. É inaplicável a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, pois a invalidade não decorre de uma atuação concreta da empresa, mas em sua constituição. Empresas estatais que não exploram atividade econômica são integralmente regidas pelo direito administrativo e, assim, são verdadeiras contrafações de autarquias.

9. Discorda-se, por fim, da tese segundo a qual as empresas exploradoras de atividade econômica sujeitam-se em grande medida ao regime de direito privado. Ao contrário do sustenta pelo ínclito publicista, considera-se que elas não são entidades paraestatais, mas, sim, integrantes da Administração Pública. Há sobre elas incidência de regras privadas para viabilizar o exercício da atividade econômica e para impedir que a concorrência com os particulares seja desleal. Essas regras, porém, são incorporadas ao direito administrativo. Apesar de a forma privada, em relação a essas empresas, ser válida, elas são, em grande medida regidas pelo direito administrativo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

_____. O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico. Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura, São Paulo, n. 1, p. 347 a 374, abr.-jun. 2017.

_____. Criação das Secretarias Municipais. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 15, ano IV, p. 284-288, jan.-mar. 1971.

_____. *Serviço público e concessão de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2018.

BODIN, Jean. *Los seis libros de la República*. Traducción de Pedro Bravo Gala. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2006.

CASSAGNE, Juan Carlos. *El acto administrativo*. 2. ed. Buenos Aires, 1981.

FIORINI, Bartolome A. *Manual de derecho administrativo – primera parte*. Buenos Aires: La Ley, 1968.

_____. *Teoría jurídica del acto administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1976.

FLEINER, Fritz. *Instituciones de derecho administrativo*. Tradução de Sabino A. Gendin. Barcelona: Labor, 1933.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito administrativo – v. I*. Tradução de José Alberto Froes Cal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Revolución francesa y administración contemporánea*. 4. ed., reimpr. Madrid: Civitas, 2005.

LONG, Marceau et al. *Jurisprudencia administrativa del consejo de Estado Francés: grands arrêts*. Tradução Katy Balan Somlo e Carlos Luengo Martín. 20. ed. Madrid: INAP, 2017.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Princípio da liberdade das formas no Direito Administrativo*. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio et al. *Direito administrativo e liberdade*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 641 a 687.

_____. *Qual é o critério para a incidência do Direito Administrativo?* *Revista Colunistas de Direito do Estado*, www.direitodoestado.com.br, n. 257, 16.09.2016. Disponível em: <<https://goo.gl/j3mP0H>>. Acesso em 23.01.2019.

_____. *Teoria jurídica da liberdade*. São Paulo: Contracorrente, 2015.

_____. *Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado*. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Estudos de direito administrativo neoconstitucional. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. Contribuição ao revigoramento da teoria do ato administrativo. In: MARTINS, Ricardo Marcondes (coord.). Estudos contemporâneos sobre a teoria dos atos administrativos. Curitiba: CRV, 2018, p. 11 a 49.

_____. Regulação administrativa à luz da Constituição Federal. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. Teoria dos princípios formais. In: FERNANDES, Felipe Gonçalves (org.). Temas atuais de direito administrativo. São Paulo: Intelecto, 2016, p. 01-33.

_____. Estatuto das empresas estatais à luz da Constituição Federal. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS Ricardo Marcondes (coord.). Estatuto jurídico das empresas estatais. São Paulo: Contracorrente, 2018, p. 17 a 112.

MAYER, Otto. Derecho administrativo alemán – tomo I. Tradução de Horacio H. Heredia e Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Depalma, 1949.

MUKAI, Toshio. Direito administrativo e empresas do Estado. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. O direito administrativo e os regimes jurídicos das empresas estatais. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

TOCQUEVILLE, Alexis de. O antigo regime e a Revolução. Tradução de Rosemary Costhek Abílio. São Paulo; WMF Martins Fontes, 2009.

WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. Direito administrativo – v. I. Tradução António F. de Sousa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006.

CAPÍTULO 37

APONTAMENTOS SOBRE A ARBITRABILIDADE OBJETIVA NOS LITÍGIOS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

RICARDO YAMAMOTO

Advogado. Mestre em Direito dos Negócios e pós-graduado em Direito Econômico pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas – FGV. Bacharel pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP.

INTRODUÇÃO

A despeito de uma certa desconfiança inicial dos gestores e agentes públicos, a arbitragem como modo de resolução de conflitos envolvendo a Administração Pública vem paulatinamente ganhando adeptos e vencendo resistências, devido às vantagens significativas proporcionadas aos litigantes em termos de ganhos de eficiência e celeridade, redução dos custos de transação, especialização dos julgadores, entre outros.

Até pouco tempo atrás, a questão da *arbitrabilidade subjetiva*, ou seja, sobre quem pode sujeitar-se à arbitragem, levantava alguma discussão dos intérpretes no que tange à participação da Administração Pública direta e indireta, devido à redação original do art. 1º da Lei nº 9.307/96, a qual se referia apenas a “*pessoas capazes de contratar*” para dirimir litígios de direitos patrimoniais disponíveis pela via arbitral.

Em que pese grande parte da doutrina e jurisprudência¹ defender a tese de que tal dispositivo abrangia também os entes da Administração

1. Cf. diversos acórdãos do STJ, como: REsp nº 612.439-RS, MS nº 11.308-DF, REsp nº 904.813. Nesse sentido: “A PESQUISA 2007 mostrou que a jurisprudência brasileira caminhava em direção a um posicionamento progressista com relação ao uso, pela Administração Pública

Pública - uma vez que estes constituem pessoas de direito público devidamente capazes de contratar -, outros tantos autores e órgãos de controle sustentaram entendimento diverso, mais restritivo, pela inexistência de autorização legislativa específica para tanto.

Na dúvida quanto a uma possível futura sanção dos Tribunais de Contas –que possuíam alguns precedentes² negando a validade da arbitragem nos contratos de entes públicos - administradores e gestores públicos ficavam bastante receosos e inseguros quanto a incluir compromissos arbitrais nos contratos administrativos que firmavam.

Sobreveio, então, a reforma e a inclusão do §1º ao artigo 1º da Lei de Arbitragem por meio da Lei nº 13.129/2015, que eliminou qualquer dúvida que ainda se pudesse ter com relação à questão da *arbitrabilidade subjetiva* dos órgãos da administração pública, ao afirmar, de modo expresso, que: “a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

Por sua vez, o § 2º ao artigo 1º dispôs, ainda, que “a autoridade ou o órgão competente da Administração Pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações”.

Ao permitir-se a utilização da arbitragem pelos órgãos da administração pública, o legislador o fez de modo amplo, servindo tanto para a inclusão de cláusulas compromissórias nos contratos administrativos quanto para firmar compromissos arbitrais após o surgimento dos conflitos.

Todavia, ao referir-se a “*conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis*”, o legislador alerta que há certa restrição no âmbito das matérias que podem ser levadas à apreciação do juízo arbitral, questão que se relaciona com a *arbitrabilidade objetiva* dos litígios assim sintetizada por Ana Perestrelo de Oliveira:

“Num brevíssimo enquadramento geral da temática da arbitrabilidade objectiva, cumpre recordar que são fundamentalmente dois os critérios-base em matéria de arbitrabilidade objectiva que identificamos nos principais ordenamentos jurídicos: de um lado, o critério da disponibilidade do direito; do outro, o critério do carácter

e seus órgãos, da arbitragem. Entretanto, apesar da inclinação favorável, o entendimento dos tribunais ainda não era consolidado à época. A PESQUISA 2016 demonstrou que, em linhas gerais, essa tendência tornou-se o entendimento estável dos tribunais superiores e permeou as decisões incluídas no escopo do presente relatório”. (Pesquisa Jurisprudência CBAr – 2ª fase, Relatório do Tema: Existência, Validade e Eficácia da Convenção Arbitral, coord. por LUIS, Daniel Tavela; KULESZA, Gustavo Santos; e PEREIRA, Laura Gouvêa de França, 2017, p. 41). Disponível em <<http://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2017/08/3-Relatorio-Validade-Clausula-03.08.pdf>>. Acesso em 08.12.2018.

2. Cf. Acórdãos nº 584/2003, 1.275/2005, 537/2006, do Tribunal de Contas da União (TCU).

patrimonial do litígio. De acordo com o primeiro, a controvérsia é arbitrável se respeitar a direitos que as partes podem constituir e extinguir por acto de vontade e aos quais podem livremente renunciar. (...) Já no que se refere ao carácter patrimonial da pretensão – de acordo com o qual é arbitrável toda a causa cujo objecto é susceptível de avaliação pecuniária (...)”³.

1 DISPONIBILIDADE DOS DIREITOS PATRIMONIAIS

Na doutrina tradicional no campo do Direito Administrativo, é usual que os interesses do Poder Público sejam tratados como *indisponíveis*, invariavelmente com a ressalva do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado⁴. Diz-se que o interesse público é sempre indisponível pela administração porque ele é de titularidade da coletividade e não do Poder Público, que apenas circunstancialmente o administra e protege⁵.

Isto não significa, porém, que todos os direitos patrimoniais, no âmbito do direito público, sejam indisponíveis⁶. Por exemplo, os pagamentos por obras e serviços oriundos de contratos celebrados pela Administração são atos de disposição patrimonial perfeitamente lícitos e válidos, como ressalta Gustavo da Rocha Schmidt:

“Sempre que a Administração Pública contrata uma obra ou serviço, ela pratica atos de disposição de seu patrimônio, mediante o desembolso dos recursos públicos correspondentes. É igualmente o que se dá quando o Poder Público promove o reequilíbrio econômico-financeiro de um contrato, ou quando realiza uma desapropriação

-
3. OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. Arbitragem de litígios com entes públicos. Coimbra, Almedina, 2007, p. 32/33.
 4. Nesse sentido é a lição de BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (Curso de Direito administrativo, 27ª Ed., São Paulo, Malheiros, 2010, p. 34), para quem os “interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à livre disposição de quem quer que seja por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles”.
 5. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. As possibilidades da arbitragem em contratos administrativos. Site Consultor Jurídico. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-set-24/interesse-publico-possibilidades-arbitragem-co...>> Acesso em 06/06/2016.
 6. “(...) quando em jogo uma relação contratual do Estado, as controvérsias se instauram em relação a interesses patrimoniais do particular, mas, também, do próprio Estado. Muito embora imbuído do interesse público, o interesse estatal tem uma dimensão patrimonial, dizendo respeito ao pagamento devido ou à qualidade dos bens e serviços objeto do contrato. Mesmo nesses casos, entretanto, o interesse público aparece como condicionante da ação administrativa, expresso nas decisões da Administração. (SALLES, Carlos Alberto de. Arbitragem em contratos administrativos. Rio de Janeiro, Forense, São Paulo, Método, 2011., p. 125)

amigável, pela via administrativa. A satisfação do interesse público, em tais hipóteses, é resultado de um ajuste, de caráter patrimonial, entre a Administração Pública e o particular. O ato de disposição do patrimônio é praticado, precisamente, para atender a um interesse público finalístico da coletividade. É da essência da atuação administrativa, para a satisfação dos interesses da coletividade, a prática de atos de disposição patrimonial.”⁷⁷

Ademais, em determinadas circunstâncias, pode interessar mais à coletividade dispor de um patrimônio público, como, por exemplo, reconhecer o direito do contratado à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de uma concessão (evidentemente se lhe procederem os motivos), de modo a assegurar a continuidade dos serviços públicos prestados.

A Administração Pública também pode (e deve) reconhecer direitos dos particulares quando lhes causar danos, independentemente da instauração de um processo judicial, em observância aos princípios da boa-fé e da legalidade, como pontua Eduardo Talamini:

“Tome-se como exemplo o dever de a Administração indenizar os prejuízos indevidamente causados ao particular. Exemplifique-se ainda com o dever que a Administração tem de anular os seus próprios atos ilegítimos praticados em detrimento da esfera jurídica de particulares (Lei nº 9.784/99, art. 53 c/c art. 55). Considere-se igualmente o dever que a Administração contratante tem de recompor os contratos administrativos, inclusive quando a equação econômico-financeira estiver desequilibrada em desfavor do particular contratado. O art. 65, II, *d*, da Lei nº 8.666/93 prevê a celebração da alteração contratual destinada a recompor o equilíbrio contratual. A despeito da redação literal da regra, o dispositivo encerra um *dever* – não uma faculdade – da Administração Pública de promover o reequilíbrio, através de um ato consensual com o contratado”⁷⁸.

Por outro lado, a ideia da supremacia do interesse público sobre o privado como um princípio fundamental ao Direito Administrativo atualmente não se revela tão incontestável como outrora foi para a doutrina

-
7. SCHMIDT, Gustavo da Rocha. Reflexões sobre a arbitragem nos conflitos envolvendo a Administração Pública (arbitrabilidade, legalidade, publicidade e a necessária regulamentação). In: Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro, vol. XXVI: Arbitragem na Administração Pública, org. por DUBEUX, Bruno Teixeira e MANNHEIMER, Sergio Nelson, Rio de Janeiro, APERJ, 2016, p. 180/181.
 8. TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composição em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória). Revista de Processo, São Paulo, a.30, v.128, out/2005, p. 61/62.

mais tradicional. Carlos Alberto de Salles bem resume os problemas de tal concepção:

“De fato, a concepção de interesse público dessa maneira e com essas repercussões omite vários elementos essenciais às relações do Estado com particulares, muito especialmente, àquelas de natureza contratual. Em primeiro lugar, ignora a possibilidade de os particulares possuírem interesses legítimos em face do Estado, derivados, muitas vezes, de erros de avaliação e funcionamento dos próprios órgãos públicos envolvidos em determinada decisão. Tanto assim que, submetidos à apreciação judicial, as posições jurídicas – a princípio representativas do interesse público – não são sempre vencedoras.

Em segundo lugar, deixa de considerar o fato de o Estado contemporâneo utilizar interesses privados para atingir objetivos públicos, como se verifica nas estratégias de gestão discutidas na primeira parte deste trabalho. Tais métodos de gestão da coisa pública tornam necessário criar mecanismos de atratividade para a iniciativa e capital privados. Para tanto, a devida consideração pelo Estado do interesse do particular é essencial, mesmo na projeção de eventuais futuros litígios, sob pena de esvaziar-se tal atratividade para participação do particular. Diversamente do que pode parecer à primeira vista, a adoção de mecanismos eficientes de solução das controvérsias é tendente a reduzir o custo total dos contratos, pois reduz os riscos contratuais associados às perdas decorrentes de eventual litigância em juízo.

Em terceiro lugar, deve-se destacar o fato de interesse público e interesse do Estado nem sempre andarem juntos, como geralmente se tende a colocar. Há de se reconhecer um espaço específico ao interesse patrimonial do Estado, que nem sempre é coincidente com o interesse público em um sentido mais amplo.

Por fim, não se pode desconsiderar o caráter burocrático de qualquer organização estatal contemporânea. A esse propósito sempre possível questionar a legitimidade da decisão de determinada esfera de competência administrativa. (...) Os litígios com o Estado, nesse sentido, podem ser indicativos não de divergências de fundo, quanto ao interesse público subjacente à determinada ação estatal, mas simples reclamação quanto ao mau funcionamento da burocracia estatal.

A natureza burocrática do Estado moderno e contemporâneo não permite, racionalmente, negar o vasto campo de conflituosidade decorrente da operação e funcionamento da burocracia estatal. O manto do interesse público não pode cobrir a vasta gama de

atividades administrativas existentes. Impõe-se diferenciar aquelas decisões administrativas representativas de efetivas opções políticas do administrador, tomadas com amplo grau de discricionariedade e correspondente legitimidade democrática, de outras, próprias do funcionamento da burocracia estatal, cuja regularidade e correção devem estar submetidas à ampla possibilidade de revisão.

Desconhecer o conflito, sob o argumento da supremacia da decisão da Administração Pública quanto ao interesse público, reduz a responsividade (*accountability*) dos órgãos do Estado, fechando-os à reclamação do particular e impedindo solucionar consensualmente controvérsias, que deveriam ser vistas como uma oportunidade de melhorar o funcionamento burocrático do próprio Estado”⁹.

Com efeito, autores passaram a questionar tal ideia da supremacia do interesse público como um dogma absoluto, defendendo que a realização do interesse público também deve levar em consideração, de modo proporcional, os interesses particulares daqueles que contratam com a Administração, para que se atinja a plena consecução do papel do Estado delineado na Constituição Federal¹⁰.

Sob este prisma, a ideia de igualdade passa a ser importante para a atenuação da aplicação indistinta da concepção de supremacia do interesse público sobre os interesses privados, de modo a harmonizar a ideia anterior de prevalência absoluta dos primeiros¹¹, permitindo que interesses de parceiros privados também possam ser considerados de modo mais equânime e equilibrado no âmbito de uma parceria¹².

9. SALLES, Carlos Alberto de, op. cit, p. 126/128.

10. BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. In: “Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público, org. por SARMENTO, Daniel. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 67.

11. “A satisfação do interesse público, portanto, não está na promoção da forma mais ampla de só um interesse a ser eleito, mas sim na “ponderação adequada entre os interesses públicos e privados presentes em cada hipótese”. (MEGNA, Bruno Lopes. Arbitragem e Administração Pública: o processo arbitral devido e adequado ao regime jurídico administrativo. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2017, p. 84).

12. “O interesse público, nessa medida, deve ser adequadamente verificado com a consideração dos objetivos contextuais, previstos no ordenamento jurídico e aos quais determinada ação administrativa está relacionada. Sua avaliação não deve se limitar apenas ao altíssimo grau de generalidade de sua definição tradicional, o que conduz à sua consideração apenas como um objetivo acontextual, distante de um contexto valorativo determinado. A consideração contextualizada do interesse público abre espaço para negociação e para a solução consensual de controvérsias, compondo interesses públicos e particulares. Com efeito, considerado o interesse público no contexto de objetivos normativos específicos, é necessário admitir a existência de uma gama de possibilidades lícitas e viáveis de seu atingimento. Com isso, é possível mesmo sem dispor do “interesse público”, negociar quanto à maneira de atingi-lo em um determinado contexto. A prática de negociação pela Administração Pública não é

2 INTERESSE PÚBLICO PRIMÁRIO E SECUNDÁRIO

Costuma-se distinguir, ainda, duas categorias de interesses públicos: primários e secundários. Os primários seriam aqueles indisponíveis, nos quais o regime de direito público é também indispensável, sendo secundários aqueles que têm natureza meramente instrumental, existindo apenas para que os primeiros sejam satisfeitos.

Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹³, os interesses públicos secundários resolvem-se em relações patrimoniais e, portanto, tornam-se disponíveis desde que tenham expressão patrimonial, ou seja, possam ser quantificados monetariamente e estejam no comércio. Trata-se, por exemplo, de uma contratação que objetiva “*dotar a Administração ou seus delegados dos meios instrumentais de modo a que estejam em condições de satisfazer os interesses finalísticos que justificam o próprio Estado*”.

A presença dos interesses secundários da administração, de caráter meramente instrumental para a atuação do Estado, também é citada por Selma Ferreira Lemes¹⁴ como critério identificador dos direitos patrimoniais disponíveis, afirmando que “*direitos patrimoniais (econômicos) se referem aos interesses públicos secundários, que são disponíveis e servem para operacionalizar (caráter instrumental) os interesses públicos originários*”.

A referida autora também tece considerações sobre a verificação da natureza jurídica da contratação havida entre a empresa estatal e o particular para efetuar a distinção. Se estiver diante da prestação de serviço público, será mandatória a aplicação da supremacia do interesse público, o que não ocorrerá se a contratação estiver nas mesmas condições do setor privado (art. 173, §1º, CF/88)¹⁵.

por si mesma ilegal. Eventual ilegalidade estaria no fato de essa negociação chegar a soluções meramente consensuais contrárias aqueles objetivos orientadores da ação administrativa. No tocante às controvérsias surgidas em relação a contratos administrativos, o interesse público também há de ser considerado contextualmente, ou seja, com a devida consideração dos objetivos aos quais determinado contrato está ligado. Na construção de soluções de consenso deve considerar os objetivos orientadores da ação administrativa e a melhor forma de atingi-los, ponderando-se as várias opções, de forma a motivar de maneira suficiente a escolha da administração em conjunto com o particular.” (SALLES, Carlos Alberto de, op. cit., p. 129/130).

13. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos contratos administrativos. In: Revista de Direito Administrativo, São Paulo, n. 209, jul-set/1997, p. 89.
14. LEMES, Selma Maria Ferreira. Arbitragem na Administração Pública – fundamentos jurídicos e eficiência econômica, São Paulo: Quartier Latin, 2007.
15. No mesmo sentido: “Se uma atividade econômica é serviço público, então ela somente pode ser desempenhada segundo regras aplicáveis ao serviço público, e se uma atividade econômica não é serviço público, não se pode exigir que o particular que pretenda desempenhá-la esteja sujeito às restrições típicas dos serviços públicos”. (AGUILAR, Fernando Herren. Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 330).

Por sua vez, Rafael Vêras de Freitas acrescenta que o critério é útil, mas apenas como parâmetro inicial para a definição da arbitrabilidade objetiva:

“(…) no âmbito do Direito Público, a doutrina jusadministrativista, ao longo dos anos, construiu o entendimento de que o interesse público primário (de toda coletividade) não pode ser objeto de disposição por parte do Poder Público, ao passo que, distintamente, o interesse público secundário (relacionado, tão somente, com valores patrimoniais do Estado, referentes ao Erário) poderia ser objeto de formas alternativas de solução de conflitos. Tais entendimentos, embora de grande utilidade, servem de parâmetro inicial para redação de cláusulas compromissórias em contratos administrativos. Isto porque, na prática, a modelagem dessas cláusulas é prenhe de complexidade, máxime em contratos de concessão, nos quais, por se tratarem de pactos incompletos, de longo prazo e que veiculam a prestação de serviços públicos, é extremamente complexa a determinação de quais matérias poderiam ser submetidas ao procedimento arbitral.”¹⁶

Há, porém, quem divirja da utilidade de tal distinção para o propósito de definir se um determinado assunto pode ou não ser decidido por arbitragem. Carlos Alberto de Salles, por exemplo, considera que, na prática, pode ser difícil distinguir entre o interesse público primário e secundário:

“A tradicional referência acerca desse tema aponta para a existência de interesses primários e secundários ligados à Administração. (...) A distinção, de fato, não resolve o problema, pois não há como negar a instrumentalidade dos chamados interesses secundários em relação aos primários, impedindo, na prática, uma clara delimitação entre as duas espécies de interesse”¹⁷.

Bruno Lopes Megna também segue a mesma linha, criticando a utilidade da distinção para o propósito de definir a arbitrabilidade objetiva:

“(…) logo se percebe o erro de associar a disponibilidade ou indisponibilidade das coisas públicas à classificação dos interesses públicos “primários” e “secundários” – de modo que é igualmente um erro utilizá-la como critério de arbitrabilidade”¹⁸.

16. FREITAS, Rafael Vêras de. Novos desafios da arbitrabilidade objetiva nas concessões. In: Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro, vol. XXVI: Arbitragem e Administração Pública, org. por DUBEUX, Bruno Teixeira e MANNHEIMER, Sergio Nelson. Rio de Janeiro, APERJ, 2016, p. 297.

17. SALLES, Carlos Alberto de, op. cit., p. 125.

18. MEGNA, Bruno Lopes, op. cit., p. 102.

Todavia, apesar das críticas de parte da doutrina, a distinção entre interesses primários e secundários adquire certo relevo para o propósito de definir se, em determinada situação, uma controvérsia é ou não passível de ser arbitrada¹⁹. Um exemplo concreto desta relevância pode ser encontrado no artigo 1º, parágrafo único do Decreto Estadual nº 46.245/2018 do Estado do Rio de Janeiro, o qual dispõe que se entende por conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, para fins de arbitragem, as controvérsias que possuam natureza pecuniária e “*que não versem sobre interesses públicos primários*”.

3 OUTROS CRITÉRIOS DE DISTINÇÃO

O Poder Público geralmente firma contratos através de procedimentos licitatórios que têm forma meramente instrumental, nos quais seus interesses admitem valoração econômica (patrimonial), como ocorre nas atividades econômicas que ele exerce direta ou indiretamente.

A doutrina e a jurisprudência costumam utilizar-se de alguns critérios para indicar o cabimento das hipóteses de uso da arbitragem pela Administração, sendo esta possível quando se trata de: (i) ato de gestão²⁰; (ii) em relação aos serviços comerciais e industriais do Estado; (iii) nos atos negociais, em que a Administração se iguala ao particular; (iv) nos contratos de direito privado; (v) nas empresas estatais que exercem atividade econômica com base no artigo 173, parágrafo 1º da Constituição²¹.

Sob o prisma deste último item, enfatiza-se a forma de atuação do Estado como agente propulsor das atividades econômicas, ocasião em que deixa de ser um mero gerenciador ou um defensor de princípios de atuação econômica para atuar como verdadeiro empresário em busca de resultados econômicos próprios da atividade privada.

19. “Não há que se confundir disponibilidade de direito patrimonial da Administração Pública com indisponibilidade de interesse público. A arbitragem é um meio de perquirir e efetivar o interesse público. Ademais, ainda que indisponibilidade haja, essa se restringe ao interesse público primário; existindo presunção de disponibilidade do interesse público secundário, possível de submissão ao equivalente processual” (FERRAZ, Rafaela. Arbitragem e litígios comerciais com a administração pública: exame a partir da principalização do direito administrativo. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2008, p. 147).

20. Atos de gestão estão ligados ao poder de gerência material das atividades da Administração, em contraposição aos atos de império, praticados fora de seu âmbito de disponibilidade, como o poder de polícia, o exercício da soberania, etc. (FRANZONI, Diego e DAVIDOFF, Fernanda. Interpretação do critério da disponibilidade com vistas à arbitragem envolvendo o Poder Público. Revista de Arbitragem e Mediação, ano 11, vol. 41, abr-jun/2014, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, p. 250).

21. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, op. cit.

Isto se mostra ainda mais evidenciado quando o Estado constitui empresas públicas e sociedades de economia mista para atuar ativamente em determinado mercado²². A atividade pública com cunho econômico, em regime de concorrência com particulares, é a categoria que permite a aplicação da arbitragem à Administração Pública sem maiores contestações.

As discussões sobre o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, ainda quando este seja decorrente de um ato de império, podem ser levadas à arbitragem, porquanto se referem ao interesse público secundário, de ordem patrimonial²³. Conforme ensina Paulo Osternack Amaral²⁴, quando um conflito patrimonial pode ser legitimamente resolvido diretamente por consenso entre as partes, sem a necessidade de intervenção judicial, não parece razoável que não possa ser resolvido pela via arbitral, uma vez que esta é permeada por um amplo rol de garantias, como o devido processo legal.

Por outro lado, a arbitragem também é admitida quando se cuida de litígios estatais envolvendo relações contratuais, como locações de imóveis, contratos de concessões de serviços públicos, entre outros²⁵. Candido Rangel Dinamarco²⁶ cita exemplificativamente, ainda, hipóteses não sujeitas à arbitragem por se cuidar de matéria de *ordem pública*, como as que envolvam políticas públicas em geral, educação, segurança, saúde pública, meio ambiente, funcionalismo (inclusive sanções administrativas disciplinares), entre outras.

Quanto a este último ponto, uma das restrições à arbitrabilidade objetiva que a doutrina costuma elencar diz respeito ao denominado “*mérito*”

-
22. Convém ressaltar que “A Constituição de 1988 instituiu o princípio de liberdade de iniciativa econômica aos particulares, de modo que o espaço ocupado pelos serviços públicos e pelas atividades econômicas estatais é residual em relação ao espaço ocupado pela iniciativa privada. (...) O espaço estatal é primordialmente o de assegurar a prestação de serviços públicos e outras funções previstas na Constituição. Somente poderá se dedicar às atividades econômicas em sentido estrito excepcionalmente, quando a Constituição Federal o permitir ou a lei o assegurar com justificativa na Constituição”. (AGUILAR, Fernando Herren. op. cit., p. 330/331).
 23. CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011.
 24. AMARAL, Paulo Osternack. Arbitragem e Administração Pública: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumento de controle. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
 25. “A aquisição de um terreno, a construção de um prédio ou ainda a contratação de pessoal terceirizado não correspondem ao objetivo existencial do Estado. Representam o instrumental necessário para que o interesse finalístico estatal, de caráter primário, seja atendido. O interesse envolvido na contratação é secundário, e, por consequência, disponível, podendo ser objeto de arbitragem, em caso de conflito entre os contratantes (particular e Administração Pública). Disponível é, apenas, o interesse público primário, de que são exemplos a saúde pública, a mobilidade urbana, o patrimônio cultural, dentre outros”. (SCHMIDT, Gustavo da Rocha, op. cit., p. 182).
 26. DINAMARCO, Candido Rangel. A Arbitragem na teoria geral do processo. São Paulo: Malheiros, 2013.

administrativo”, situado na esfera de atuação discricionária do gestor e que, portanto, está excluído do âmbito decisório, seja do Poder Judiciário, seja do juízo arbitral. Com relação ao tema, vale citar a lição de Carlos Alberto de Salles²⁷:

“O mérito do ato administrativo constitui um espaço de natural exclusão da jurisdição, seja ela exercida pelo juiz ou pelo árbitro. Serve, portanto, como um limite à arbitralidade de controvérsias contratuais envolvendo a Administração Pública. A convenção de arbitragem não poderá abranger o mérito do ato administrativo, bem como a sentença arbitral não poderá sobre ele incidir. Se a convenção o fizer, dever-se-á reconhecer sua invalidade. Caso a decisão proferida pelos árbitros o faça, deverá ser decretada sua nulidade, por exceder os limites da convenção de arbitragem.

Essa constatação parte exatamente do conceito de mérito nesse caso. Afinal, “o mérito do ato administrativo, ou o mérito administrativo, é o conteúdo das considerações discricionárias da Administração quanto à *oportunidade e conveniência* de praticá-lo, ou seja, é o *resultado do exercício da discricionariedade*”. Sendo significativo, exatamente, daquele espaço de discricionariedade deixado por lei ao Administrador, é certo não permitir-se sua apreciação tanto em juízo, quanto na arbitragem.

(...) Quando aplicáveis essas limitações à esfera de obrigações contratuais, ou mesmo à validade do contrato, caberá ao árbitro, da mesma forma que ao juiz, examiná-las – cabe dizer – tangenciando o mérito administrativo, pois o espaço de estrita discricionariedade não seria em nenhuma hipótese invadida.

(...) O mérito do ato administrativo, de qualquer forma, constitui um limite à arbitragem, colocando-se de forma idêntica em relação ao Judiciário. Vale, de todo modo, a advertência quanto a invalidade da convenção ou sentença arbitral desconformes a esse limite.”

Todavia, a limitação se refere unicamente à possibilidade de *revisão* do mérito do ato administrativo, o que não significa que o árbitro não possa dele *conhecer* para julgar as consequências ou repercussões patrimoniais dele decorrentes, como ressalta Bruno Lopes Megna²⁸:

“Assim, por exemplo, o árbitro, tanto quanto o juiz estatal, não poderá, por sentença, interferir no *mérito administrativo*, entendido este como o continente daquilo que encerra o *poder-dever discricionário*, que é a “liberdade de ação

27. SALLES, Carlos Alberto de, op. cit., p. 260.

28. Op. cit., p. 232/233.

administrativa, dentro dos limites permitidos em lei”, razão pela qual “o judiciário não pode, no ato discricionário, substituir o discricionarismo do administrador pelo do juiz”.

CARLOS ALBERTO DE SALLES analisa esse fenômeno no seu conceito de *arbitrabilidade como possibilidade jurídica “lato sensu”*, segundo o qual não só os direitos não patrimoniais ou indisponíveis estão fora do alcance da arbitragem, mas também todos aqueles que outras normas do ordenamento assim determinem. É o caso do mérito administrativo, que constitui “esfera de situações não jurisdicionáveis”. Aqui devem ser incluídas as hipóteses de *sanções de polícia administrativa* que a lei prevê como possível e que não se confundam com meras *sanções contratuais*: estas podem ser conhecidas pelos árbitros; aquelas, trata de mérito administrativo, que “constitui um espaço de natural exclusão da jurisdição, seja ela exercida pelo juiz ou pelo árbitro.

Não quer isso dizer que o juiz ou o árbitro não possam *conhecer* do mérito administrativo. Sabe-se, sempre com KAZUO WATANABE, que “a cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo. Nestes termos, pode-se dizer que é lícito ao árbitro e ao juiz “tomar conhecimento” do mérito administrativo, até mesmo para usá-lo como fundamento fático de sua decisão.

O que não podem é alterar o mérito administrativo, pois essa função não é de competência jurisdicional, mas administrativa. Empréstando palavras de ANDRÉ DIAS FERNANDES, pode-se afirmar que o *mérito administrativo* se apresenta como “limite negativo ao controle judicial [ou arbitral], ou seja, como um núcleo cognoscível, mas imodificável pelo Judiciário [ou Tribunal Arbitral].

Assim, por exemplo, se a Administração Pública decidiu por exercer sua faculdade de aumentar o objeto do contrato em 25% do que inicialmente previsto (art. 65, §1º, da Lei 8.666/93), poderá o árbitro “tomar conhecimento” desse fato e, sendo ele incontroverso, julgar a respeito das consequências patrimoniais daí advindas, a fim de fixar o justo reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Não poderá, porém, interferir na decisão administrativa, alterando, por exemplo, a porcentagem de aumento do objeto do contrato que havia sido fixada pela Administração.”

4 ALGUMAS DECISÕES DA JURISPRUDÊNCIA

Entretanto, a despeito dos critérios elencados pela doutrina, continuam a ocorrer, na prática, problemas relacionados ao aspecto da *arbitrabilidade objetiva* em litígios envolvendo entes da Administração Pública, a exemplo do que se verificou na ação anulatória de procedimento arbitral nº 0005966-81.2014.4.02.2101, que tramitou perante a 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, envolvendo a Agência Nacional do Petróleo, Gás e Combustíveis (ANP), assistida pelo Estado do Rio de Janeiro, contra a Petrobras, a BG E&P do Brasil Ltda. e a Petrogal Brasil S/A, concessionárias de exploração e produção de petróleo e gás.

Apesar da Lei do Petróleo autorizar e do próprio contrato de concessão conter cláusula compromissória arbitral, a sentença de primeira instância e o acórdão do Agravo de Instrumento nº 0101176-39.2014.4.02.0000 do Tribunal Federal da 2ª Região (TRF-2) entenderam que a matéria levada à arbitragem dizia respeito ao questionamento de uma decisão administrativa negativa de permissão para a divisão do campo petrolífero, questão técnica regulatória sujeita à discricionariedade dos atos administrativos.

A agência reguladora logrou obter a declaração de indisponibilidade do direito submetido à arbitragem, bem como a consequente inaplicabilidade da cláusula compromissória arbitral. Assim constou no v. Acórdão:

“A grande controvérsia dos autos cinge-se à possibilidade ou não de submissão da matéria referente ao campo de petróleo Lula poder ser decidida por arbitragem, nos termos da Lei nº 9.307/96. (...)”

No caso dos autos, de fato, estamos diante de direito indisponível, eis que a decisão da ANP trata de atividade fiscalizadora decorrente do poder de polícia. (...) Portanto, o Poder em comento é a faculdade discricionária de que dispõe a Administração Pública, para condicionar e restringir o uso e o gozo de bens ou direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado. (...)

Apenas pela simples leitura do artigo supra percebe-se que a decisão da ANP refoge aos limites da cláusula de compromisso arbitral, eis que se trata de decisão com caráter de regulação do petróleo. Ao estabelecer que o campo de petróleo Lula engloba dois reservatórios, a Agência exerce função regulatória executiva.

Não cabe prosperar a alegação das agravantes de que a questão do Campo de Lula (e Cernambi) remonta apenas a uma controvérsia na execução do contrato de concessão celebrado, gerando a possibilidade de submeter a matéria à arbitragem. A fixação do conceito de campo de petróleo

não corresponde a um direito patrimonial da ANP, mas sim de um poder-dever que lhe é legalmente outorgado.

Estamos diante de decisão emanada por Agência Reguladora dentro do Poder de Polícia e, portanto, representando interesse público primário.

Importante destacar que não estamos negando a previsão legal para a arbitragem, mas, no caso em comento, ela não se mostra cabível.

(...) Questão maior é a da arbitrabilidade. Não se pode se submeter à comissão de arbitragem quem não tem arbitrabilidade objetiva. De fato, já é pacífico o entendimento de que as Agências Reguladoras podem participar de arbitragem, tendo, portanto, arbitrabilidade subjetiva. Entretanto, não se pode tratar perante árbitros o presente objeto.

De nada adianta preencher os outros requisitos se não há arbitrabilidade objetiva.”²⁹

Outro caso envolvendo algumas das mesmas partes e incluindo o Estado do Espírito Santo recentemente foi julgado pelo Superior Tribunal de Justiça. Trata-se do Conflito de Competência nº 139.519/RJ entre o Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI), o Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF-2) e o Juízo da 5ª Vara Federal do Rio de Janeiro.

Os fatos sob análise neste caso são bastante complexos e envolvem decisões conflitantes provenientes tanto do juízo arbitral como do juízo estatal, mas, em síntese, versam sobre um contrato de concessão para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo no Bloco BC-60 com cláusula compromissória arbitral, entre a ANP e a Petrobras, firmado em 1998. Após 16 anos de vigência do contrato, sobreveio a Resolução RD 69/2014 da ANP que alterava determinadas cláusulas, inclusive a que continha o compromisso arbitral.

A Petrobras requereu administrativamente junto à agência a anulação da referida Resolução, haja vista o elevado impacto financeiro que dela decorreria sobre a concessão, todavia sem lograr êxito. Em seguida, iniciou arbitragem na CCI para questionar a validade de tal resolução, bem como ajuizou Medida Cautelar no Poder Judiciário para suspender os efeitos da decisão da agência. A liminar foi concedida pelo juízo de primeira instância e cassada posteriormente em agravo de instrumento interposto pela ANP.

29. TRF-2, Agravo de Instrumento nº 0101176-39.2014.4.02.0000, Rel. Des. Guilherme Diefenthaler, j. em 12.11.2014, publ. em 10.12.2014.

A agência também ajuizou, paralelamente, uma ação judicial para anular o procedimento arbitral na CCI, julgada improcedente em primeira instância. Houve recursos de apelação da agência e do Estado do Espírito Santo (que não havia sido admitido como parte na primeira instância) e, também, o ajuizamento de medidas cautelares que, no âmbito da 8ª Turma Especializada do TRF-2, lograram suspender o trâmite do procedimento arbitral da CCI.

Após a suscitação do Conflito de Competência no STJ, o Min. Relator concedeu medida liminar³⁰ para atribuir, provisoriamente, competência ao tribunal arbitral instaurado na CCI, paralisando até o julgamento do conflito, todas as medidas ou providências de natureza emergencial, urgente ou acautelatória (inclusive a cobrança de valores vultosos e multas), bem como todas as ações judiciais e procedimentos administrativos referentes ao objeto do conflito.

O Estado do Espírito Santo interpôs Agravo Regimental contra a decisão do Ministro Relator, argumentando que estaria a sofrer prejuízos de grande montante financeiro com a redução de pagamentos relacionados à participação especial na exploração de jazidas petrolíferas em seu território, fato que o levou a requerer a suspensão do procedimento arbitral (do qual não era parte) para que o mérito da decisão administrativa da ANP em seu favor fosse discutido em juízo comum federal. Alegava o Estado do Espírito Santo que, por não poder defender suas posições jurídicas perante o juízo arbitral, não poderia ser prejudicado em seus direitos patrimoniais sem ter a oportunidade de apresentar suas razões.

O Ministro Relator, então, suspendeu, da decisão anterior, quaisquer efeitos que restringissem, impedissem ou retardassem o legítimo direito do Estado do Espírito Santo à percepção dos recursos incontroversos oriundos da sua participação na exploração petrolífera em seu âmbito territorial, determinando as medidas necessárias à liberação imediata dos pagamentos devidos³¹.

Todavia, obedecendo-se ao princípio da competência-competência³², determinou-se que o Tribunal Arbitral é quem decidirá primeiramente sobre a sua própria competência, se entende haver, concretamente, arbitrabilidade

30. STJ, CC 139.519/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Decisão monocrática de 09.04.2015, publ. no DJE em 13.04.2015.

31. STJ, AgRg no CC nº 139.519/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Decisão monocrática de 01.07.2015, publ. no DJE em 05.08.2015.

32. O princípio da competência-competência se encontra positivado no art. 8, §único, da Lei nº 9.307/96: “Caberá ao árbitro decidir, de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória”.

objetiva ou, se por haver questão envolvendo a validade de uma resolução administrativa da ANP, a matéria não poderá ser arbitrada.

O conflito foi julgado procedente (por maioria) pelo STJ em 11.10.2017, para declarar competente o Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI), sendo vencido o Ministro Relator³³. Figura em sua ementa³⁴:

“CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO ARBITRAL E ÓRGÃO JURISDICIONAL ESTATAL. CONHECIMENTO. ARBITRAGEM. NATUREZA JURISDICIONAL. MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITO. DEVER DO ESTADO. PRINCÍPIO DA COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA. PRECEDÊNCIA DO JUÍZO ARBITRAL EM RELAÇÃO À JURISDIÇÃO ESTATAL. CONTROLE JUDICIAL *A POSTERIORI*. CONVIVÊNCIA HARMÔNICA ENTRE O DIREITO PATRIMONIAL DISPONÍVEL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O INTERESSE PÚBLICO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA JULGADO PROCEDENTE.

I – Conflito de competência entre o Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional e o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, suscitado pela Petróleo Brasileiro S/A – PETROBRAS. Reconhecida a natureza jurisdicional da arbitragem, compete a esta Corte Superior dirimir o conflito.

II – Definição da competência para decidir acerca da existência, validade e eficácia da Cláusula Compromissória de Contrato de Concessão firmado para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, cujas condições para execução foram alteradas unilateralmente pela agência reguladora por meio da Resolução de Diretoria (RD) n. 69/2014.

III – O conflito de competência não se confunde com os pedidos e causa de pedir da ação originária, na qual se objetiva a declaração de indisponibilidade do direito objeto da arbitragem e conseqüente inaplicabilidade da cláusula arbitral e a declaração de nulidade do procedimento arbitral em decorrência da Resolução da Diretoria n. 69/14, alterando a área de concessão controversa, cumulado com pedido de anulação do processo arbitral, qual seja, de *anti-suit injunction*, destinada a evitar seu processamento junto ao Juízo Arbitral.

V- O CPC/2015 trouxe nova disciplina para o processo

33. STJ, 1ª Seção, CC nº 139.519/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho (vencido), Rel. p/ Acórdão Min. Regina Helena Costa, j. em 11.10.2017, publ. no DJe em 10.11.2017.

34. Os equívocos de numeração constam na ementa original do acórdão.

judicial, exortando a utilização dos meios alternativos de solução de controvérsia, razão pela qual a solução consensual configura dever do Estado, que deverá promovê-la e incentivá-la (art. 3º, §§ 1º e 2º). A parte tem direito de optar pela arbitragem, na forma da lei (art. 42).

VI – A Lei n. 13.129/15 introduziu no regime jurídico da arbitragem importantes inovações, com destaque para os *princípios da competência-competência, da autonomia da vontade e da cláusula compromissória* (arts. 1º, 3º e 8º, parágrafo único).

VII – No âmbito da Administração Pública, desde a Lei n. 8.987/95, denominada Lei Geral das Concessões e Permissões de Serviços Públicos, com a redação dada pela Lei n. 11.196/05, há previsão expressa de que o contrato poderá dispor sobre o emprego de mecanismos privados para resolução de conflitos, inclusive a arbitragem. No mesmo sentido a Lei n. 9.478/97, que regula a política energética nacional, as atividades relativas à extração de petróleo e a instituição da ANP (art. 43, X) e a Lei n. 13.129/15, que acresceu os §§ 1º e 2º, ao art. 1º da Lei n. 9.307/96, quanto à utilização da arbitragem pela Administração Pública.

VIII – A jurisdição estatal decorre do monopólio do Estado de impor regras aos particulares, por meio de sua autoridade, consoante princípio da inafastabilidade do controle judicial (art. 5º, XXXV, da Constituição da República), enquanto a jurisdição arbitral emana da vontade dos contratantes.

IX – A jurisdição arbitral precede a jurisdição estatal, incumbindo àquela deliberar sobre os limites de suas atribuições, previamente a qualquer outro órgão julgador (princípio da competência-competência), bem como sobre as questões relativas à existência, à validade e à eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória (arts. 8º e 20, da Lei n. 9.307/96, com a redação dada pela Lei n. 13.129/15).

X – Convivência harmônica do direito patrimonial disponível da Administração Pública com o princípio da indisponibilidade do interesse público. A Administração Pública, ao recorrer à arbitragem para solucionar litígios que tenham por objeto direitos patrimoniais disponíveis, atende ao interesse público, preservando a boa-fé dos atos praticados pela Administração Pública, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

XI – A arbitragem não impossibilita o acesso à jurisdição arbitral por Estado-Membro, possibilitando sua intervenção como terceiro interessado. Previsões legal e contratual.

XIII – Prematura abertura da instância judicial em descompasso com o disposto no art. 3º, § 2º, do CPC/2015

e os termos da Convenção Arbitral.

XIV – Conflito de competência conhecido e julgado precedente, para declarar competente o Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional. Agravos regimentais da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis e do Estado do Espírito Santo prejudicados.”

Trata-se de um precedente importantíssimo para a afirmação da arbitragem no setor público, na medida em que confirma o seu cabimento, cita a evolução legislativa que progressivamente incentiva o seu uso, e prega a “*convivência harmônica do direito patrimonial disponível da Administração Pública com o princípio da indisponibilidade do interesse público*”.

Outrossim, é bastante significativo o trecho da ementa do acórdão que afirma que, ao recorrer à arbitragem para solucionar seus litígios que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis, a Administração Pública atende ao interesse público e preserva a boa-fé dos seus próprios atos, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

As decisões referidas sugerem que os critérios distintivos levantados pela doutrina acerca da disponibilidade dos direitos patrimoniais da Administração Pública não se revelam suficientes para pacificar o assunto da arbitrabilidade objetiva. Tampouco a inclusão dos §§ 1º e 2º ao artigo 1º da Lei de Arbitragem pela Lei nº 13.129/2015 parece ter o condão de resolver, em definitivo, as questões relativas à interpretação do conceito de “*direitos patrimoniais disponíveis*” da Administração. Com efeito, os novos dispositivos legais não trazem um critério de distinção ou especificação do conceito, cuja interpretação a nosso ver prosseguirá sujeita a dúvidas nos casos concretos.

5 SENTENÇAS ARBITRAIS APRECIANDO A QUESTÃO DA ARBITRABILIDADE OBJETIVA

A matéria evidentemente também já foi objeto de algumas decisões nos tribunais arbitrais encarregados de julgar questões relacionadas a exceções opostas quanto à arbitrabilidade objetiva, geralmente por parte do Poder Público³⁵. A sentença arbitral de mérito no Procedimento CAMARB nº 04/2014 é um exemplo contundente.

35. Na arbitragem internacional, referindo-se à arbitrabilidade objetiva nos procedimentos da ICC – International Chamber of Commerce envolvendo Estados ou entidades estatais, SIMON GREENBERG aponta as principais objeções verificadas na prática daquela câmara: “Silva Romero identifies the following five classic state objections to the arbitrability of a dispute. (1) The classification of a contract as administrative, under domestic law, may be used to support

O Governo do Estado de Pernambuco celebrou em 09.10.2009 um contrato de concessão administrativa sob Parceria Público-Privada (PPP), para a construção do Centro Integrado de Ressocialização (CIR) de Itaquitinga, com capacidade para dois mil detentos, tendo como parceiros privados as empresas Advance Construções e Participações Ltda. e Socializa Empreendimentos e Serviços de Manutenção Ltda., que formavam a sociedade de propósito específico (SPE) Reintegra Brasil S.A.

Após questionamento sobre as sucessivas prorrogações de prazo verificadas em 2013 e 2014, a Secretaria de Planejamento e Gestão (SEPLAG) informou que o desequilíbrio financeiro experimentado pela concessionária acarretou o atraso no cumprimento do cronograma inicialmente previsto. Para garantir a continuidade do projeto, o Estado autorizou, em 11.04.2013, a transferência acionária das ações da concessionária para empresa DAG Construtora Ltda., mas como após oito meses esta operação não foi concluída, foi recusada a referida transferência de controle acionário em 23.12.2013.

A obra ficou paralisada por muitos anos, até que a concessão administrativa foi extinta, por caducidade, em 16.03.2016, por intermédio do Decreto Estadual nº 42.770 de 15.03.2016. O projeto foi posteriormente relicitado e adjudicado à Construtora Carajás, que retomou as obras para construção do presídio.

Em 20.02.2014, as empresas Advance e Socializa requereram a instituição de arbitragem contra o Estado de Pernambuco junto à CAMARB – Câmara de Arbitragem Empresarial-Brasil, tendo firmado o Termo de Arbitragem em 09.03.2015.

O tribunal arbitral decidiu, na Ordem processual nº 01, questões preliminares levantadas pela parte requerida (o Estado de Pernambuco), confirmando a *arbitrabilidade subjetiva* das empresas requerentes (Advance e Socializa), as quais haviam vencido o certame licitatório e, em um momento seguinte, constituíram uma sociedade de propósito específico (SPE Reintegra Brasil) para adjudicação do objeto da licitação.

an argument that disputes arising from the contract cannot be resolved by international arbitration. Similarly, states may argue that the dispute is not contractual but rather arises from a governmental act, and that special administrative courts have exclusive jurisdiction over claims arising from the performance of such acts. Another common state contention is that only those ministries listed in a particular statute are subject to arbitration, and that the contract signatory in question is not included in the list. As is often raised by state parties from Latin America, the prohibition on arbitration may arise from a general prohibition within the state's constitution. Finally, states may claim that the arbitration is contrary to its own public policy." (GREENBERG, Simon. ICC Arbitration & Public Contracts: The ICC Court's experience of Arbitrations involving States and State Entities. In: Contrats Publics et Arbitrage International, Coord. por AUDIT, Mathias. Bruxelles, Éditions Bruylant, 2011, p. 21).

Deveras interessante, para os propósitos do presente artigo, foi a decisão sobre a questão da *arbitrabilidade objetiva*. O tribunal arbitral entendeu que a matéria objeto daquele procedimento era perfeitamente arbitrável, haja vista que ali não se discutia a legalidade de ato administrativo, mas sim as suas consequências patrimoniais, vinculadas ao contrato de concessão administrativa. Vale citar o seguinte trecho da sentença arbitral:

“O Tribunal Arbitral entende que a matéria objeto da presente arbitragem é arbitrável. Em que pese as Requerentes concentrarem seu pleito na validade ou não da revogação da autorização para transferência do controle acionário da SPE para a DAG, não se discute na arbitragem a legalidade do ato administrativo, mas sim suas consequências patrimoniais, não havendo que se falar, pois, em inarbitrabilidade objetiva. A matéria abordada está delimitada e vinculada à seara contratual (Contrato de Concessão Administrativa). No que concerne aos seus efeitos patrimoniais são perfeitamente disponíveis e arbitráveis, estando na órbita dos interesses secundários ou derivados do Requerido, na qualidade de agente público.¹

O objeto da controvérsia gira em torno do ato de autorização da transferência da participação societária das Requerentes na SPE, por força da Cláusula 10.5 do Contrato.

Ressalve-se que a decisão arbitral a ser proferida observará estes limites.

Ademais, encontram-se no âmbito da arbitragem as questões decorrentes dos efeitos patrimoniais, cujos fundamentos remotos vinculam-se a uma esfera alheia a este procedimento. Impedir o exame da matéria pelo fundamento deduzido pelo Requerido seria equivalente a restringir a discussão patrimonial sobre atos de revogação ou de anulação de procedimentos licitatórios. Mais ainda, seria inviabilizar por completo a arbitragem envolvendo entes públicos, na medida em que boa parte dos atos determinantes de litígios são de caráter administrativo, mas que se desenvolvem, quanto a seus efeitos, na esfera privada. Violar expectativas legítimas é algo que não se admite no âmbito público e a incidência do princípio da boa-fé é também possível quando existem pessoas jurídicas de direito público na relação jurídica.

¹“O interesse público secundário ou derivado tem natureza instrumental referindo-se às pessoas jurídicas que os administram e existem para que os interesses primários sejam satisfeitos, resolvendo-se em direitos patrimoniais e, por isso, tornam-se disponíveis”. Assim esclarece que, “...são disponíveis, nesta linha, todos os interesses e os direitos deles

derivados que tenham expressão patrimonial, ou seja, que possam ser quantificados monetariamente, e estejam no comércio, e que são, por esse motivo e normalmente, objeto de contratação que vise a dotar a Administração ou os seus delegados, dos meios instrumentais de modo a que estejam em condições de satisfazer os interesses finalísticos que justificam o próprio Estado.” (Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, “Arbitragem nos Contratos Administrativos”, Revista de Direito Administrativo, 218/84, jul./set. 1997).”

Em que pese haja rejeitado a preliminar levantada quanto à arbitrabilidade objetiva, é relevante ressaltar que, no julgamento do mérito dos pedidos formulados, o tribunal arbitral entendeu, todavia, que não poderia apreciar o pedido de reconhecimento da ineficácia e invalidade (nulidade) da notificação de desconstituição da anuência do Estado com a cessão da posição acionária da concessionária. Isto porque este pleito das requerentes extrapolaria os limites da competência do tribunal arbitral, uma vez que se referia a um ato administrativo que encontra correspondência na legislação aplicável. Ao julgar improcedente este pedido sob tal fundamentação, na prática o tribunal arbitral adequou os limites de sua sentença àqueles pedidos circunscritos dentro de seu âmbito de jurisdição, não deixando, porém, de analisar as consequências patrimoniais dos referidos atos.

Outra arbitragem que apreciou questão relacionada à (in) arbitrabilidade objetiva diz respeito a uma controvérsia surgida no âmbito do Contrato Administrativo EMTU/SP nº 037/2006, firmado entre a EMTU – Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos de São Paulo S.A. e o Consórcio formado pela Construtora Queiroz Galvão S.A. e Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A. na data de 04.09.2006. O escopo do contrato era a execução de obras e serviços de implantação das instalações e sistemas viários que compõem o Lote 2, subsistema do Corredor Metropolitano Noroeste, na região metropolitana de Campinas-SP.

A alegação do consórcio era que existia uma situação de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, devido a diversos atrasos na execução da obra imputáveis à EMTU, como por exemplo: atraso na liberação das áreas para execução dos trabalhos; na paralisação das obras sem culpa do solicitante; atraso na definição das diretrizes das obras (incluindo definição de local), o que acarretou solicitações de complementação do projeto; atraso na realização de interfaces com as Prefeituras.

Tais circunstâncias teriam acarretado custos extraordinários não previstos quando da formação do preço do negócio, daí os pedidos de reconhecimento e declaração dos problemas havidos e do aumento dos custos decorrentes do aumento do prazo para a conclusão da obra, de 13

(treze) meses previstos originalmente, para 41 (quarenta e um) meses, como ocorreu. O consórcio também pediu a condenação da EMTU à reparação dos prejuízos verificados em tais eventos, que levaram ao impacto no equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

O Consórcio solicitou a instauração de procedimento arbitral em 11.06.2012 e, tal qual ocorrera no caso anterior, a EMTU questionou tanto a arbitrabilidade subjetiva quanto a objetiva, opondo-se à instauração da arbitragem em um primeiro momento. Após uma primeira reunião convocada pelo tribunal arbitral, determinou-se prazo para que a EMTU informasse se participaria ou não da arbitragem. Houve, então, renúncia à objeção quanto à instauração da arbitragem, mantendo-se a discordância quanto à arbitrabilidade objetiva do litígio submetido ao tribunal arbitral.

A EMTU entendia que a controvérsia dizia respeito a questões de interesse público primário porquanto as prorrogações de prazo que teriam impactado no custo do negócio decorreriam de fatos da administração que seriam legítimos, lícitos e regulares, e que ultrapassariam o interesse econômico subjacente. Sustentava que o contrato não versava sobre qualquer atividade econômica, mas sobre infraestrutura de transporte coletivo, havendo assim indisponibilidade dos interesses em jogo.

Todavia, o tribunal arbitral rejeitou o argumento de inarbitrabilidade objetiva, distinguindo, de um lado, o interesse público primário envolvido na referida contratação (bem como nas prorrogações da obra), e de outro, os efeitos e consequências advindos de tais atos administrativos que repercutem na esfera de interesses patrimoniais e disponíveis.

Vale citar um interessante excerto da sentença arbitral (CAESP nº 001.010/2012):

“Nesse sentido, e com base na cláusula compromissória prevista no Contrato, entende o Tribunal Arbitral não assistir razão à EMTU.

Com efeito, as Partes ajustaram uma cláusula compromissória que expressamente retira do juízo arbitral a competência para decidir conflitos que digam respeito a direitos indisponíveis (“*questões que não puderem ser resolvidas pela arbitragem*”, consoante cláusula 24.2 do Contrato). Trata-se, no mais, de ressalva que sequer demandaria previsão contratual, visto que a inarbitrabilidade de questões relacionadas a direitos indisponíveis é estabelecida na própria Lei de Arbitragem.

A EMTU, entretanto, confunde o alegado interesse público primário envolvido na contratação da obra junto ao Consórcio e nas especificidades de sua execução com os elementos afeitos à relação contratual que mantém com o próprio Consórcio.

Não se está a negar que haja, de fato, um interesse público primário e indisponível subjacente à referida contratação e à execução da obra, mas deve-se ter em mente que tais elementos não são objeto do presente processo arbitral. Em momento algum foi pleiteado que o Tribunal Arbitral analise, avalie ou reconsidere as decisões tomadas pela EMTU ou pelos entes da Administração Pública a que está vinculada sob este ponto de vista. O presente litígio se desenvolve no âmbito estrito da relação contratual existente entre as Partes, não havendo qualquer pedido, por exemplo, de que o Tribunal Arbitral se imiscua e invalide tais ou quais atos administrativos. Em suma, as razões que levaram à prática dos atos que culminaram no surgimento da presente demanda não estão em discussão – e é no estrito âmbito dessas razões que se pode falar, quando muito, na existência de interesse público primário que seja indisponível e, portanto, não passível de análise por qualquer juízo arbitral.

Deve-se distinguir o objeto de conhecimento do objeto de julgamento do Tribunal Arbitral. Ao se falar em inarbitrabilidade de direitos indisponíveis – aceitando-se, *ad argumentandum*, que aí se insere a ideia de interesse público primário, consoante defende a EMTU – apenas se está a dizer que os atos que revistam dessa característica não podem ser alvo de decisão, em dispositivo de sentença, por parte do Tribunal, no sentido de reavaliá-los ou mesmo invalidá-los do ponto de vista das normas que regulamentam sua prática ou sua edição. Isso nada tem que ver com o objeto de conhecimento do processo, que pode abranger a discussão de fatos ou atos que possuam relação com o bem da vida pretendido, *in casu*, com o pleito indenizatório formulado pelo Consórcio. Com isso, os atos que a EMTU entende como de interesse público primário, a exemplo das circunstâncias que levaram às prorrogações da execução do Contrato, apenas entrariam na relação contratual que é trazida a julgamento, sem que tais atos sejam, *per se*, objeto de qualquer pedido ou provimento específico.

Fosse de outro modo, restaria absolutamente inviabilizada a presença da Administração Pública em juízo arbitral, visto que, de modo reflexo, todos os seus atos podem ser balizados na justificativa de um interesse público primário subjacente e, portanto, caracterizados pela indisponibilidade. Tal entendimento seria teratológico à própria prática da Administração de estabelecer convenções de arbitragem em seus contratos.

O Consórcio se insurge, na verdade, contra os efeitos que atos praticados pela EMTU, independentemente de estarem justificados do ponto de vista do interesse público primário, repercutem na esfera da relação contratual que possui com

a EMTU. A primeira enceta demanda contra esta última, portanto, na posição de mera contratante. Não é demais lembrar que a própria Constituição Federal, em seu artigo 173, §1º, estabelece que as empresas públicas e as sociedades de economia mista (assim como a EMTU) submetem-se ao regime próprio das empresas privadas, estando as últimas, inclusive sujeitas à Lei das Sociedades por Ações. A EMTU é demandada na posição de contratante, *i.e.*, de uma empresa que contrata com outra empresa e que está sujeita, em tese (como qualquer outra companhia), ao dever de indenizar nos termos da lei. As prerrogativas dadas pela legislação às autarquias da Administração Pública no campo da contratação com particulares, assim como a função final objetivada pelas autarquias no sentido da promoção do bem comum, não sobrelevam sua atuação na seara contratual a um patamar diverso que lhe garanta qualquer blindagem a um pretenso dever de indenizar – excetuadas, claro, as ressalvas e prerrogativas expressamente previstas em lei – e tampouco retira o caráter eminentemente patrimonial da discussão. A indisponibilidade, ressalte-se, recai sobre os interesses coletivos envolvidos e os objetivos finais pretendidos pela atuação da Administração, mas não sobre os direitos surgidos de parte a parte nos contratos celebrados pela Administração na consecução de tais fins.

O presente litígio assume, assim, um viés eminentemente patrimonial, objetivando o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato. Trata-se de discussão de valores indenizatórios, e não reapreciação de atos da Administração Pública.

Com isso, é irrelevante se as prorrogações dos prazos contratuais foram ou não acordadas entre as Partes, ou se foram ou não balizadas pelo atendimento de um interesse público-primário. Isso não afeta a arbitrabilidade do presente litígio. Os atos que levaram a tais prorrogações não são objeto de decisão do Tribunal Arbitral, mas apenas objeto de conhecimento do processo, no sentido de se avaliar os possíveis efeitos indenizatórios daí decorrentes, sempre dentro da relação contratual existente entre as Partes e do Direito aplicável.

Tratando-se de discussão ligada a questão patrimonial, a matéria poderia ser objeto, inclusive, de autocomposição entre as Partes, independentemente – reitere-se – das razões que levaram a Administração à prática dos atos que, no entendimento do Consórcio, causaram o desequilíbrio contratual (art. 65, II, da Lei 8.666/93). A possibilidade, em tese, de autocomposição reforça e atesta que se está diante de direitos disponíveis e passíveis, conseqüentemente, de decisão pelo juízo arbitral.”

Percebe-se que, ao fundamentar a distinção, a sentença arbitral utilizou-se de argumento eficiente, porquanto não se julgará ou se questionará propriamente a validade dos atos administrativos no âmbito do juízo arbitral (ou o interesse público primário a eles subjacente), mas sim seus efeitos na esfera patrimonial dos contratantes, os quais são direitos inegavelmente disponíveis.

CONCLUSÃO

Conforme se percebe, mesmo após a reforma da Lei de Arbitragem pela Lei nº 13.129/2015 e a construção de critérios distintivos por parte da doutrina, persistem dúvidas quanto à questão da *arbitrabilidade objetiva*, a serem dirimidas principalmente pela jurisprudência que se vier a formar quando da apreciação de cada caso concreto em que se tiver que decidir sobre a disponibilidade ou não de um direito patrimonial atribuído aos órgãos da administração pública.

Note-se, por fim, que outro modo de contornar o problema da *arbitrabilidade objetiva* que vem sendo atualmente praticado, reside em “densificar” ou elencar, na cláusula compromissória inserida nos contratos³⁶ ou nas próprias leis setoriais, com a maior especificidade possível, quais as matérias que estarão sujeitas ao juízo arbitral, como fez o art. 31, §4º da Lei nº 13.448/17 (Lei de Prorrogação e Relicitação dos Contratos de Parceria no âmbito do PPI).

REFERÊNCIAS

AGUILAR, Fernando Herren. Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 330.

AMARAL, Paulo Osternack. Arbitragem e Administração Pública: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumento de controle. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A arbitragem no Direito Administrativo. Revista de Arbitragem e Mediação, n. 54, jul/set 2017.

36. Nesse sentido, vide ARAGÃO, Alexandre Santos de (A arbitragem no Direito Administrativo. Revista de Arbitragem e Mediação, n. 54, jul/set 2017, item 7): “Vimos também que os reflexos pecuniários de direitos extrapatrimoniais ou indisponíveis podem ser apreciados perante os Tribunais arbitrais, a exemplo do que ocorre no instituto da transação. Por fim, destacamos a possibilidade – e a conveniência, já que esta solução promove a segurança das relações jurídicas – de se densificar, por meio de atos normativos regulamentares ou dos próprios contratos, o que se deve entender por “direitos patrimoniais disponíveis” para fins de fixação das matérias que podem ou não ser apreciadas em arbitragens envolvendo o Estado”.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, 27ª Ed., São Paulo, Malheiros, 2010, p. 34.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. In: “Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público, org. por SARMENTO, Daniel. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 67.

CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. As possibilidades da arbitragem em contratos administrativos. Site Consultor Jurídico. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-set-24/interesse-publico-possibilidades-arbitragem-co...>> Acesso em 06/06/2016.

DINAMARCO, Candido Rangel. A Arbitragem na teoria geral do processo. São Paulo: Malheiros, 2013.

FERRAZ, Rafaela. Arbitragem e litígios comerciais com a administração pública: exame a partir da principalização do direito administrativo. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2008, p. 147.

FRANZONI, Diego e DAVIDOFF, Fernanda. Interpretação do critério da disponibilidade com vistas à arbitragem envolvendo o Poder Público. Revista de Arbitragem e Mediação, ano 11, vol. 41, abr-jun/2014, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, p. 250.

FREITAS, Rafael Vêras de. Novos desafios da arbitrabilidade objetiva nas concessões. In: Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro, vol. XXVI: Arbitragem e Administração Pública, org. por DUBEUX, Bruno Teixeira e MANNHEIMER, Sergio Nelson. Rio de Janeiro, APERJ, 2016.

GREENBERG, Simon. ICC Arbitration & Public Contracts: The ICC Court's experience of Arbitrations involving States and State Entities. In: Contrats Publics et Arbitrage International, Coord. por AUDIT, Mathias. Bruxelles, Éditions Bruylant, 2011, p. 21.

LEMES, Selma Maria Ferreira. Arbitragem na Administração Pública – fundamentos jurídicos e eficiência econômica, São Paulo: Quartier Latin, 2007.

LUIS, Daniel Tavela; KULESZA, Gustavo Santos; e PEREIRA, Laura Gouvêa de França (organizadores). Pesquisa Jurisprudência CBar – 2ª fase, Relatório do Tema: Existência, Validade e Eficácia da Convenção Arbitral, coord. por, 2017, p. 41. Disponível em <<http://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2017/08/3-Relatorio-Validade-Clausula-03.08.pdf>>. Acesso em 08.12.2018.

MEGNA, Bruno Lopes. Arbitragem e Administração Pública: o processo arbitral devido e adequado ao regime jurídico administrativo. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2017.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos contratos administrativos. In: Revista de Direito Administrativo, São Paulo, n. 209, jul-set/1997, p. 89.

OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. Arbitragem de litígios com entes públicos. Coimbra, Almedina, 2007, p. 32/33.

SALLES, Carlos Alberto de. Arbitragem em contratos administrativos. Rio de Janeiro, Forense, São Paulo, Método, 2011.

SCHMIDT, Gustavo da Rocha. Reflexões sobre a arbitragem nos conflitos envolvendo a Administração Pública (arbitrabilidade, legalidade, publicidade e a necessária regulamentação). In: Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro, vol. XXVI: Arbitragem na Administração Pública, org. por DUBEUX, Bruno Teixeira e MANNHEIMER, Sergio Nelson, Rio de Janeiro, APERJ, 2016.

TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composição em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória). Revista de Processo, São Paulo, a.30, v.128, out/2005, p. 61/62.

CAPÍTULO 38

CONTEXTUALIZAÇÃO DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM RELAÇÃO AO ARTIGO 1º-F DA LEI Nº 9.494/97, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.960/2009: BREVE ANÁLISE DAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE N.º(S) 4.357 E 4.425, RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 870.947 (TEMA N.º 810) E RECURSO ESPECIAL Nº 1.492.221(TEMA 905)

RICARDO YUDI SEKINE

Graduado na FMU em 2009, Pós-Graduado “lato sensu” em Direito Constitucional pela PUC-SP, Procurador do Município de Jundiaí-SP;

JACKELINE YONE BALDO SEKINE

Graduada na FMU em 2009, Pós-Graduada “lato sensu” em Direito Constitucional pela PUC-SP, Procuradora do Município de Piracaia-SP;

INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei nº 11.960/09, o artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97 passou a ter a seguinte redação:

Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

O dispositivo anterior se limitava a estabelecer o valor dos juros de mora aplicado às condenações da Fazenda Pública nos processos que se buscavam os pagamentos de verbas remuneratórias devidas aos servidores e empregados públicos.

Com a redação de 2009, os consectários passaram a abranger todas as condenações impostas à Fazenda Pública e, portanto, sempre que a Fazenda estiver obrigada a pagar ou indenizar, os juros moratórios e a atualização monetária serão àqueles aplicados pela caderneta de poupança.

Sem grandes delongas, este critério legal se aplica aquelas entidades que se inserem no conceito de Fazenda Pública.

O mencionado dispositivo desde a sua elaboração já despertou discussões.

A norma foi inserida pelo Senado Federal através da emenda nº 9, no projeto de conversão nº 10 de 2009, referente à medida provisória nº 457/2009.

Com o retorno à Câmara dos Deputados, inicialmente, o tema teve rejeição pela relatora, Deputada Federal, Rosa Freitas. Contudo, a relatora foi substituída pelo Deputado Tadeu Filippelli, que alterou parcialmente o parecer, concluindo pela aprovação do projeto¹.

Interessante que a Exma. Deputada, na época, já havia ponderado alguns aspectos da lei, principalmente quanto à utilização dos índices de correção da poupança como critério de correção monetária, visto que o mencionado critério não refletia os índices inflacionários².

1. Consultado em <http://www.camara.gov.br> em 13.1.2019;

2. (...)A Emenda nº 9 altera a redação do art. 1º-F da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997. Cabe destacar, inicialmente, que a redação atualmente em vigor desse dispositivo limita-se a estabelecer o valor dos juros de mora aplicados às condenações impostas à Fazenda Pública em processos que reinvidiquem o pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos. De forma que o dispositivo não trata, hoje, de atualização monetária, nem abrange as condenações da Fazenda Pública relacionadas a outras rubricas, como os débitos tributários, por exemplo.

Já o texto da referida emenda estabelece como limite para cálculo de juros de mora, atualização monetária e remuneração de capital, o índice pago às aplicações na caderneta de poupança, atualmente 0,5% ao mês mais a Taxa Referencial-TR, para todas as condenações impostas à Fazenda Pública. Ou seja, em qualquer condenação em que a Fazenda Pública estiver obrigada a pagar ou indenizar a outra parte, os juros de mora e a atualização monetária seria equivalentes por aplicações na caderneta de poupança.

No âmbito da jurisprudência, destaca-se a decisão do Supremo Tribunal Federal, em 2007, no Recurso Extraordinário nº 453.740, que compreendeu pela constitucionalidade da Lei nº 9.494/97, no tocante a previsão diferenciada dos juros moratórios em favor da Fazenda Pública, quando a lei apenas se limitava aos consectários incidentes sobre a lide envolvendo a temática dos servidores públicos.

Também é importante destacar o Recurso Especial nº 1.205.946, SP, julgado sob o rito dos recursos repetitivos, no qual o Superior Tribunal de Justiça consignou que os juros moratórios previstos na Lei n.º 9.494/97, alterado posteriormente pela lei de 2009, devem ter aplicação imediata depois da sua entrada em vigor, tendo em vista o princípio “*tempus regit actum*”, aplicando-se aos feitos em curso, sem, contudo, retroagir ao período anterior da sua vigência, os quais deverão seguir os parâmetros definidos pela legislação em vigor.

A matéria ganhou especial relevo, após as decisões do Supremo Tribunal Federal nos julgamentos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.º (s) 4357 e 4425 e também no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 870.947.

Trata-se de tentativa de uniformizar a cobrança dos juros incidentes sobre as condenações impostas à Fazenda Pública em razão de não haver regra única e clara sobre o assunto. Ressalte-se eu já há, no entanto, regra legal aplicável à atualização monetária dos precatórios, contida no § 6º do art. 28 da Lei de Diretrizes Orçamentárias, que fixa o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – Especial – IPCA-E, divulgado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, como indexador.

Porém, em relação à incidência de juros moratórios, compensatórios ou remuneratórios em condenações contra a Fazenda Pública, não há taxa definida na legislação para débitos não abrangidos pelo supracitado art. 1º-F.

O dispositivo alterado pela emenda, entretanto, trata apenas das hipóteses em que a Fazenda sofre condenação. Para os casos em que a mesma atua no polo ativo da cobrança, caso tenha êxito na demanda, permanecerá a regra em vigor, que para crédito tributários, determina a correção pela SELIC, conforme o art. 13 da Lei nº 9.065 de 20 de junho de 1995, combinado com o art. 84 da Lei nº 8.981 de 20 de janeiro de 1995, e o art. 30, da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002.

Cabe ressaltar, ainda, que a Emenda determina a aplicação do referido índice até o efetivo pagamento da dívida, alterando, desse modo, a forma de correção dos débitos inscritos em precatórios. Sobre a utilização da TR como índice de correção monetária, convém mencionar o que afirmou o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIN 493-DF, Relator Ministro Moreira Alves:

“A taxa referencial (TR) não é índice de correção monetária, pois refletindo as variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo, não constitui índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda”.

Adicionalmente, o texto da emenda não estabelece de forma objetiva como será aplicado o índice estabelecido. A redação determina que o mesmo incidirá, uma única vez, até o efetivo pagamento. Além de não estar devidamente preciso o que significa o termo “uma única vez” no âmbito tributário, permanece a dúvida se o índice será aplicado a partir da ocorrência do recolhimento indevido. Essa hipótese não está clara no dispositivo, o que poderá resultar em diversas demandas judiciais até que seja firmada jurisprudência sobre o assunto(..).

Nesse cenário, o presente artigo será desenvolvido com o intuito de trazer à baila as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça acerca do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/2009, extraíndo-se as conclusões das Cortes Superiores nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.º(s) 4.357 e 4.425, no Recurso Extraordinário n.º 870.947 e no Recurso Especial n.º 1.492.221 sobre o tema, assim como delimitar o atual contexto jurisprudencial, visto que as ações ainda não transitaram em julgado.

CONTEXTUALIZAÇÃO JURISPRUDENCIAL

As Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.º(s) 4.357 e 4.425 foram ajuizadas em face das inovações trazidas com a Emenda Constitucional n.º 62/2009, que alterou diversos parágrafos do artigo 100 e também do artigo 97 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

As referidas ações foram julgadas em março de 2013.

O presente artigo irá focar nas discussões travadas, especialmente, em torno do § 12, do artigo 100, da Constituição Federal, cuja redação é a seguinte:

§ 12. A partir da promulgação desta Emenda Constitucional, a atualização de valores de requisitos, após sua expedição, até o efetivo pagamento, independentemente de sua natureza, será feita pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, e, para fins de compensação da mora, incidirão juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, ficando excluída a incidência de juros compensatórios. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009). (Vide ADI 4425)

Ao analisar a questão, o Supremo Tribunal Federal considerou que a adoção dos índices da poupança, como critério de correção monetária, não reflete a inflação do período, restando violado o direito fundamental da propriedade, nos termos do artigo 5º, inciso XXII, da Constituição Federal.

No que tange aos juros moratórios, a Excelsa Corte compreendeu que a sua adoção viola o princípio da isonomia em se tratando de relação jurídica tributária, pois o particular quando devedor do Fisco responde por juros moratórios de 1% ao mês, conforme preceitua o artigo 161, § 1º, do Código Tributário Nacional.

Nesse ponto, o Supremo Tribunal Federal declarou parcialmente inconstitucional o § 12, do artigo 100, da Constituição Federal, porém

sem redução da expressão “independente de sua natureza”, conforme se observa na ementa da Ação Direta abaixo transcrita:

5. O direito fundamental de propriedade (CF, art. 5º, XXII) resta violado nas hipóteses em que a atualização monetária dos débitos fazendários inscritos em precatórios perfaz-se segundo o índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, na medida em que este referencial é manifestamente incapaz de preservar o valor real do crédito de que é titular o cidadão. É que a inflação, fenômeno tipicamente econômico-monetário, mostra-se insuscetível de captação apriorística (ex ante), de modo que o meio escolhido pelo legislador constituinte (remuneração da caderneta de poupança) é inidôneo a promover o fim a que se destina (traduzir a inflação do período).

6. A quantificação dos juros moratórios relativos a débitos fazendários inscritos em precatórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança vulnera o princípio constitucional da isonomia (CF, art. 5º, caput) ao incidir sobre débitos estatais de natureza tributária, pela discriminação em detrimento da parte processual privada que, salvo expressa determinação em contrário, responde pelos juros da mora tributária à taxa de 1% ao mês em favor do Estado (ex vi do art. 161, §1º, CTN). Declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução da expressão “independentemente de sua natureza”, contida no art. 100, §12, da CF, incluído pela EC nº 62/09, para determinar que, quanto aos precatórios de natureza tributária, sejam aplicados os mesmos juros de mora incidentes sobre todo e qualquer crédito tributário.

Em consequência disso, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional por arrastamento, e na mesma extensão, o artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, alterado pela lei federal nº 11.960/09, pois reproduzia a mesma regra, no tocante aos juros moratórios e correção monetária:

(...) 7. O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09, ao reproduzir as regras da EC nº 62/09 quanto à atualização monetária e à fixação de juros moratórios de créditos inscritos em precatórios incorre nos mesmos vícios de juridicidade que inquinam o art. 100, §12, da CF, razão pela qual se revela inconstitucional por arrastamento, na mesma extensão dos itens 5 e 6 supra (...)

Posteriormente, em 25 de março de 2015, a Excelsa Corte, no julgamento da questão de ordem, modulou os efeitos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.º (s) 4.425 e 4.357, definindo em relação ao § 12, do artigo 100, da CF/88, que se manteriam válidos os precatórios expedidos e pagos até a conclusão do julgamento da modulação de efeitos, restando

mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da poupança – TR - até 25 de março de 2015 e, após, seriam corrigidos pelo IPCA-E. No que se refere aos precatórios tributários, mantidos os mesmos consectários pelos quais a Fazenda Pública se utiliza para cobrança dos seus créditos:

(...) 2) - conferir eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade dos seguintes aspectos da ADI, fixando como marco inicial a data de conclusão do julgamento da presente questão de ordem (25.03.2015) e mantendo-se válidos os precatórios expedidos ou pagos até esta data, a saber: 2.1.) fica mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional nº 62/2009, até 25.03.2015, data após a qual (i) os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) e (ii) os precatórios tributários deverão observar os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários (...);(g.n)

Em 16 de abril de 2015, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 870.947, tema 810, em um caso em que o Tribunal Regional Federal da 5ª Região afastou a aplicação do artigo 1º-F, da lei nº 9.494/97, no julgamento de um caso que envolvia o pagamento de benefício previdenciário pelo INSS.

No acórdão que reconheceu a repercussão geral, o Ministro Luiz Fux destacou que havia Tribunais que estavam ampliando o entendimento do Supremo Tribunal Federal, afastando a aplicação do artigo 1º-F, da Lei 9.494/97, alterada pela Lei federal nº 11.960/09, sob o fundamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.º (s) 4.357 e 4.425, como se observa do trecho destacado:

(...) A decisão recorrida nestes autos, porém, elasteceu o escopo do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, afastando a aplicação da legislação infraconstitucional com suposto fundamento nas ADIs nº 4.357 e 4.425. Não se trata de caso isolado. Em outros recursos que chegaram ao Supremo Tribunal Federal, esta mesma circunstância estava presente. Cito, a título ilustrativo, o RE nº 837.729 e o RE nº 859.973. Revela-se, por isso, necessário e urgente que o Supremo Tribunal Federal reitere, em sede de repercussão geral, a tese jurídica fixada nas ADIs nº 4.357 e 4.425, orientando a atuação dos tribunais locais aplicação dos entendimentos formados por esta Suprema Corte (...)

Esclareceu, ainda, que as Ações Diretas de Inconstitucionalidade declararam inconstitucionais apenas os juros moratórios cobrados nas relações jurídicas tributárias.

No que tange à correção monetária, destacou a existência de dois momentos distintos: O primeiro período é compreendido entre o dano efetivo ou o ajuizamento da ação até o final da fase de conhecimento com o trânsito em julgado da decisão condenatória e é estabelecido pelo Juízo da causa. O segundo ocorre na fase executiva, cujo lapso é da inscrição do crédito em precatório e o seu efetivo pagamento, sendo certo que as Ações Diretas de Inconstitucionalidade se referem a este segundo momento:

(...) Diferentemente dos juros moratórios, que só incidem uma única vez até o efetivo pagamento, a atualização monetária da condenação imposta à Fazenda Pública ocorre em dois momentos distintos. O primeiro se dá ao final da fase de conhecimento com o trânsito em julgado da decisão condenatória. Esta correção inicial compreende o período de tempo entre o dano efetivo (ou o ajuizamento da demanda) e a imputação de responsabilidade à Administração Pública. A atualização é estabelecida pelo próprio juízo prolator da decisão condenatória no exercício de atividade jurisdicional. O segundo momento ocorre já na fase executiva, quando o valor devido é efetivamente entregue ao credor. Esta última correção monetária cobre o lapso temporal entre a inscrição do crédito em precatório e o efetivo pagamento. Seu cálculo é realizado no exercício de função administrativa pela Presidência do Tribunal a que vinculado o juízo prolator da decisão condenatória.

Pois bem.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar as ADIs nº 4.357 e 4.425, declarou a inconstitucionalidade da correção monetária pela TR apenas quanto ao segundo período, isto é, quanto ao intervalo de tempo compreendido entre a inscrição do crédito em precatório e o efetivo pagamento. Isso porque a norma constitucional impugnada nas ADIs (art. 100, §12, da CRFB, incluído pela EC nº 62/09) referiase apenas à atualização do precatório e não à atualização da condenação ao concluir-se a fase de conhecimento (...)

Pontuou-se, ainda nessa decisão, que a redação do artigo 1º-F, da Lei nº 9.494/97, alterada pela Lei nº 11.960/09, é ampla e engloba tanto a atualização do requisitório, quanto da condenação principal, e a declaração por arrastamento do dispositivo abarcou apenas o que estava logicamente vinculado ao § 12, do artigo 100, da Constituição Federal:

(...) A redação do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, tal como fixada pela Lei nº 11.960/09, é, porém, mais ampla, englobando tanto a atualização de requisitórios quanto a atualização da própria condenação. Confira-se:

Art. 1º-F. Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização

monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

As expressões uma única vez e até o efetivo pagamento dão conta de que a intenção do legislador ordinário foi reger a atualização monetária dos débitos fazendários tanto na fase de conhecimento quanto na fase de execução. Daí por que o STF, ao julgar as ADIs nº 4.357 e 4.425, teve de declarar a inconstitucionalidade por arrastamento do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97. Essa declaração, porém, teve alcance limitado e abarcou apenas a parte em que o texto legal estava logicamente vinculado no art. 100, §12, da CRFB, incluído pela EC nº 62/09, o qual se refere tão somente à atualização de valores de requisitórios (...)

Além disso, o Ministro deixou claro que do momento da atualização monetária das condenações da Fazenda Pública até a expedição do requisitório, o art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97, com redação de 2009, ainda não tinha sido objeto de pronunciamento quanto a sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal e, portanto, até o seu julgamento ainda continua em vigor, *in verbis*:

(...)Na parte em que rege a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública até a expedição do requisitório (i.e., entre o dano efetivo/ajuizamento da demanda e a condenação), o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 ainda não foi objeto de pronunciamento expresse do Supremo Tribunal Federal quanto à sua constitucionalidade e, portanto, continua em pleno vigor (..)

Observa-se que na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.357, nos embargos declaratórios julgados em 9 de dezembro de 2015, restou evidenciado que os limites subjetivos das ADIS somente atingiram o artigo 1º -F, da Lei nº 9.494/97, com redação de 2009, naquilo que estava logicamente vinculado ao artigo 100, § 12, da Constituição Federal. Veja-se:

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/2009. SUPOSTA OMISSÃO QUANTO AO ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA DAS CONDENAÇÕES JUDICIAIS DA FAZENDA PÚBLICA (“PRECATÓRIOS NÃO EXPEDIDOS”). ALCANCE MATERIAL DA DECISÃO DE MÉRITO. LIMITES DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR ARRASTAMENTO DO ART. 1º-F DA LEI 9.494/1997 COM REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.960/2009. EXTENSÃO DO ACÓRDÃO EMBARGADO. OMISSÃO INEXISTENTE. EMBARGOS DE

DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. O art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997 foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar as ADIs nº 4.357 e 4.425, apenas na parte em que o texto legal estava logicamente vinculado no art. 100, §12, da CRFB, incluído pela EC nº 62/2009, o qual se refere tão somente à atualização de valores de requisitórios, não abrangendo as condenações judiciais da Fazenda Pública.

2. A correção monetária nas condenações judiciais da Fazenda Pública seguem disciplinadas pelo art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, devendo se observar o índice oficial de remuneração da caderneta de poupança como critério de cálculo; o IPCA-E deve corrigir o crédito uma vez inscrito em precatório.

3. Os juros moratórios nas condenações judiciais da Fazenda Pública seguem disciplinadas pelo art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, aplicando-se-lhes o índice oficial de remuneração da caderneta de poupança como critério de cálculo, exceto no que diz respeito às relações jurídico-tributárias, aos quais devem seguir os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública remunera o seu crédito.

4. Embargos de declaração rejeitados.

Salienta-se que no acórdão dos embargos declaratórios retro mencionados, evidenciou-se que a via adequada para discussão acerca da atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública até a expedição do requisitório seria no âmbito do Recurso Extraordinário nº 870.947:

(...) Na parte em que rege a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública até a expedição do requisitório (i.e., entre o dano efetivo/ajuizamento da demanda e a condenação), o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 ainda não foi objeto de pronunciamento expresso do Supremo Tribunal Federal quanto à sua constitucionalidade. Esse debate específico será travado no RE nº 870.947, já submetido à sistemática da repercussão geral e liberado para julgamento de mérito pelo Plenário.

Ressalto, por oportuno, que este debate não se colocou nas ADIs nº 4.357 e 4.425, uma vez que, naquelas demandas do controle concentrado, o art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997 não foi impugnado originariamente e, assim, a decisão por arrastamento foi limitada à pertinência lógica entre o art. 100, §12, da CRFB e o aludido dispositivo infraconstitucional (...)

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal, em setembro de 2017, julgou o RE nº 870.947 (tema 810) e considerou inconstitucional o artigo

1ºF, da lei 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09, no que tange à utilização do índice oficial de remuneração da poupança como critério de correção monetária, considerando constitucional a previsão dos juros moratórios, salvo quando se tratar de relações jurídicas tributárias, nas quais devem se aplicar os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seus créditos tributários:

(...) 1) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput); quanto às condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09; e 2) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina (...)” grifamos e sublinhamos (grifado)

O Superior Tribunal de Justiça também se debruçou sobre a temática. No julgamento do Recurso Especial nº 1.492.221, tema n.º 905, que seguiu a sistemática do julgamento dos recursos repetitivos, definiu as seguintes teses:

• TESES JURÍDICAS FIXADAS.

1. Correção monetária: o art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009), para fins de correção monetária, não é aplicável nas condenações judiciais impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza.

1.1 Impossibilidade de fixação apriorística da taxa de correção monetária. No presente julgamento, o estabelecimento de índices que devem ser aplicados a título de correção monetária não implica pré-fixação (ou fixação apriorística) de taxa de atualização monetária. Do contrário, a decisão baseia-se em índices que, atualmente, refletem a correção monetária ocorrida no período correspondente.

Nesse contexto, em relação às situações futuras, a aplicação dos índices em comento, sobretudo o INPC e o IPCA-E, é legítima enquanto tais índices sejam capazes de captar o fenômeno inflacionário.

1.2 Não cabimento de modulação dos efeitos da decisão. A modulação dos efeitos da decisão que declarou inconstitucional a atualização monetária dos débitos da Fazenda Pública com base no índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, objetivou reconhecer a validade dos precatórios expedidos ou pagos até 25 de março de 2015, impedindo, desse modo, a rediscussão do débito baseada na aplicação de índices diversos. Assim, mostra-se descabida a modulação em relação aos casos em que não ocorreu expedição ou pagamento de precatório.

2. Juros de mora: o art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009), na parte em que estabelece a incidência de juros de mora nos débitos da Fazenda Pública com base no índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, aplica-se às condenações impostas à Fazenda Pública, excepcionadas as condenações oriundas de relação jurídico-tributária.

3. Índices aplicáveis a depender da natureza da condenação.

3.1 Condenações judiciais de natureza administrativa em geral. As condenações judiciais de natureza administrativa em geral, sujeitam-se aos seguintes encargos: (a) até dezembro/2002: juros de mora de 0,5% ao mês; correção monetária de acordo com os índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, com destaque para a incidência do IPCA-E a partir de janeiro/2001; (b) no período posterior à vigência do CC/2002 e anterior à vigência da Lei 11.960/2009: juros de mora correspondentes à taxa Selic, vedada a cumulação com qualquer outro índice; (c) período posterior à vigência da Lei 11.960/2009: juros de mora segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança; correção monetária com base no IPCA-E.

3.1.1 Condenações judiciais referentes a servidores e empregados públicos. As condenações judiciais referentes a servidores e empregados públicos, sujeitam-se aos seguintes encargos: (a) até julho/2001: juros de mora: 1% ao mês (capitalização simples); correção monetária: índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, com destaque para a incidência do IPCA-E a partir de janeiro/2001; (b) agosto/2001 a junho/2009: juros de mora: 0,5% ao mês; correção monetária: IPCA-E; (c) a partir de julho/2009: juros de mora: remuneração oficial da caderneta de poupança; correção monetária: IPCA-E.

3.1.2 Condenações judiciais referentes a desapropriações diretas e indiretas. No âmbito das condenações judiciais referentes a desapropriações diretas e indiretas existem regras específicas, no que concerne aos juros moratórios e compensatórios, razão pela qual não se justifica a incidência do art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009), nem para compensação da mora nem para remuneração do capital.

3.2 Condenações judiciais de natureza previdenciária. As condenações impostas à Fazenda Pública de natureza previdenciária sujeitam-se à incidência do INPC, para fins de correção monetária, no que se refere ao período posterior à vigência da Lei 11.430/2006, que incluiu o art. 41-A na Lei 8.213/91. Quanto aos juros de mora, incidem segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança (art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei n. 11.960/2009).

3.3 Condenações judiciais de natureza tributária. A correção monetária e a taxa de juros de mora incidentes na repetição de indébitos tributários devem corresponder às utilizadas na cobrança de tributo pago em atraso. Não havendo disposição legal específica, os juros de mora são calculados à taxa de 1% ao mês (art. 161, § 1º, do CTN). Observada a regra isonômica e havendo previsão na legislação da entidade tributante, é legítima a utilização da taxa Selic, sendo vedada sua cumulação com quaisquer outros índices.

4. Preservação da coisa julgada. Não obstante os índices estabelecidos para atualização monetária e compensação da mora, de acordo com a natureza da condenação imposta à Fazenda Pública, cumpre ressaltar eventual coisa julgada que tenha determinado a aplicação de índices diversos, cuja constitucionalidade/legalidade há de ser aferida no caso concreto.

Na ementa supracitada, pode-se observar que a Corte delimitou os períodos e os índices aplicáveis, assim como explanou o alcance e os reflexos do artigo 1º-F, da Lei 9.494/97, alterada pela Lei federal 11.960/09, em relação a outras matérias, tais como a desapropriação e as questões envolvendo direito previdenciário, as quais possuem regulamentações próprias.

Observa-se, ainda, que destacou como índice a ser aplicado como correção monetária, a partir de 2009, o IPCA. Lembrando-se que o Supremo Tribunal Federal apenas considerou que o índice da poupança não refletia a reposição da inflação no período.

Destacou, outrossim, que a modulação de efeitos reconhecida nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.º (s) 4.425 e 4.357 não se aplica enquanto não houver expedição ou pagamento de precatório.

Ressalte-se que nenhum dos julgados acima transitou em julgado. Contudo, é pacífico o entendimento de que as teses fixadas nos julgamentos submetidos aos ritos de repercussão geral, recurso repetitivo e ações diretas de inconstitucionalidade possuem aplicação imediata, como se observa nos julgados a seguir expostos:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CUMPRIMENTO DA DECISÃO.

1. Desnecessário o trânsito em julgado para que a decisão proferida no julgamento do mérito em ADI seja cumprida. Ao ser julgada improcedente a ação direta de inconstitucionalidade - ADI nº 2.335 - a Corte, tacitamente, revogou a decisão contrária, proferida em sede de medida cautelar. Por outro lado, a lei goza da presunção de constitucionalidade. Além disso, é de ser aplicado o critério adotado por esta Corte, quando do julgamento da Questão de Ordem, na ADI 711 em que a decisão, em julgamento de liminar, é válida a partir da data da publicação no Diário da Justiça da ata da sessão de julgamento.

2. A interposição de embargos de declaração, cuja consequência fundamental é a interrupção do prazo para interposição de outros recursos (art. 538 do CPC), não impede a implementação da decisão. Nosso sistema processual permite o cumprimento de decisões judiciais, em razão do poder geral de cautela, antes do julgamento final da lide.

3. Reclamação procedente” (grifos nossos).

(Rcl 2576, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ 20.8.2004)

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. QUESTÃO DE ORDEM.

(...)

2. A DECISÃO QUE CONCEDE MEDIDA CAUTELAR, EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, POSSUI EFICÁCIA, “EX NUNC”. COM A CONCESSÃO DA LIMINAR, O ATO NORMATIVO IMPUGNADO FICA COM SUA EFICÁCIA SUSPensa, ATÉ O JULGAMENTO FINAL.

3. EM SE TRATANDO DE LEI RELATIVA A VENCIMENTOS E VANTAGENS DE SERVIDORES

PUBLICOS, O TRIBUNAL ASSENTOU, POR MAIORIA, VENCIDOS TRES MINISTROS, INCLUSIVE O RELATOR, QUE, DEFERIDA A LIMINAR, NOVOS PAGAMENTOS NÃO SE FAZEM, COM BASE NESSE DIPLOMA, ATÉ O JULGAMENTO FINAL, MESMO QUANTO AOS SERVIDORES QUE JÁ VINHAM PERCEBENDO ESTIPENDIOS DE ACORDO COM AS NORMAS SUSPENSAS; A CONCESSÃO DA CAUTELAR ALCANÇA OS EFEITOS SUPERVENIENTES DO ATO ADMINISTRATIVO, PROFERIDO COM BASE NA LEI ATACADA.

4. O DEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR PRODUZ SEUS EFEITOS A PARTIR DA DATA DA PUBLICAÇÃO DA ATA DE JULGAMENTO NO DIÁRIO DA JUSTIÇA DA UNIÃO. PETIÇÃO CONHECIDA COMO QUESTÃO DE ORDEM E DECIDIDA NOS TERMOS ACIMA.”

(ADI 711, Q.O, Min. Neri da Silveira, j. em 5.8.1992)

(...) Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Direito Processual Civil. 3. Insurgência quanto à aplicação de entendimento firmado em sede de repercussão geral. Desnecessidade de se aguardar a publicação da decisão ou o trânsito em julgado do paradigma. Precedentes. 4. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 5. Negativa de provimento ao agravo regimental.”

(RE 1.129.931-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 24/8/2018).

(...) 2. De mais a mais, tanto a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça quanto o Supremo Tribunal Federal vêm entendendo que nem a pendência da publicação nem a do trânsito em julgado de acórdão proferido sob a sistemática da repercussão geral impedem a imediata aplicação, pelos demais órgãos do Poder Judiciário, da tese firmada no leading case.

Precedentes: AgInt no RE nos EDcl no AgRg no AgRg no REsp 1280891/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/11/2017, DJe 28/11/2017; RE 982.322 AgR-ED-ED, Relator Min. CARMEN LÚCIA (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-280 DIVULG 05-12-2017 PUBLIC 06-12-2017; RE 1.065.205 AgR, Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 22/09/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-227 DIVULG 03-10-2017 PUBLIC 04-10-2017; Rel 18.412 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em

02/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-033
DIVULG 22-02-2016 PUBLIC 23-02-2016. 3. A conclusão
deriva da interpretação literal do art. 1.039 do CPC/2015
que somente demanda a conclusão do julgamento para
que a tese estabelecida na sistemática da repercussão geral
seja aplicada em casos idênticos, sobrestados na origem,
não sendo exigido pela lei nem a publicação do acórdão,
tampouco o seu trânsito em julgado. (EDcl no AGRAVO
DE INSTRUMENTO Nº 937.717 – AP, STJ, Rel. Reynaldo
Soares da Fonseca, j. em 26.6.2018)

Por fim, em 24 de setembro de 2018, o Ministro Luiz Fux, concedeu, excepcionalmente, efeito suspensivo aos embargos declaratórios no Recurso Extraordinário n.º 870.947, por entender, em suma, que a aplicação imediata da tese poderia trazer insegurança jurídica, visto que pende a apreciação de pedido de modulação de efeitos e há risco de pagamento a maior pela Fazenda Pública. Destaca-se da decisão do Ministro:

(...) Destarte, com fundamento no referido permissivo legal, procede-se à apreciação singular dos pedidos de concessão de efeito suspensivo aos indigitados embargos de declaração.

In casu, sustentam os entes federativos embargantes, em apertada síntese, padecer o decisum embargado de omissão e contradição, em face da ausência de modulação de seus efeitos, vindo a sua imediata aplicação pelas instâncias a quo a dar causa a um cenário de insegurança jurídica, com risco de dano grave ao erário, ante a possibilidade do pagamento pela Fazenda Pública de valores a maior.

Pois bem, apresenta-se relevante a fundamentação expendida pelos entes federativos embargantes no que concerne à modulação temporal dos efeitos do acórdão embargado, mormente quando observado tratar-se a modulação de instrumento voltado à acomodação otimizada entre o princípio da nulidade de leis inconstitucionais e outros valores constitucionais relevantes, como a segurança jurídica e a proteção da confiança legítima.

Encontra-se igualmente demonstrada, in casu, a efetiva existência de risco de dano grave ao erário em caso de não concessão do efeito suspensivo pleiteado.

Com efeito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, para fins de aplicação da sistemática da repercussão geral, não é necessário se aguardar o trânsito em julgado do acórdão paradigma para a observância da orientação estabelecida. Nesse sentido

(...)

Desse modo, a imediata aplicação do decisum embargado

pelas instâncias a quo, antes da apreciação por esta Suprema Corte do pleito de modulação dos efeitos da orientação estabelecida, pode realmente dar ensejo à realização de pagamento de consideráveis valores, em tese, a maior pela Fazenda Pública, ocasionando grave prejuízo às já combatidas finanças públicas.

Ex positis, DEFIRO excepcionalmente efeito suspensivo aos embargos de declaração opostos pelos entes federativos estaduais, com fundamento no artigo 1.026, §1º, do CPC/2015 c/c o artigo 21, V, do RISTF(...)"

Os embargos declaratórios foram levados para julgamento no plenário, tendo início em 6 de dezembro de 2018, e conforme se afere no informativo nº 926 do STF, o Ministro Luiz Fux conferiu eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade do índice, no artigo 1º F, da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela lei nº 11.960/2009, no seu voto, considerando, no entanto, o termo inicial dos efeitos do acórdão o dia 25 de março de 2015 quando do julgamento da modulação dos efeitos nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.º (s) 4.425 e 4.357.

Entendeu, ainda, que não se aplica a modulação dos efeitos quanto aos débitos fazendários anteriores a 2015, já atualizados pelo IPCA, compreendendo que o acórdão não alcança os provimentos judiciais condenatórios transitados em julgado, cujos critérios de pagamento serão mantidos.

O julgamento não foi encerrado.

Até o encerramento deste artigo, após o voto do Ministro relator, o Ministro Alexandre de Moraes pediu vista dos autos, com previsão para continuação do julgamento em 20.3.2019.³

Posto isto, em que pese à ausência do trânsito em julgado nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, verifica-se que as matérias já se encontram bem delimitadas em relação à aplicação dos consectários após a inscrição do débito da Fazenda Pública em precatório, o que já não se observa em relação à fase anterior, visto que enquanto não julgado o pedido de modulação de efeitos pelo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n.º 870.947, persistirão dúvidas na aplicação do artigo 1º -F, da Lei 9,494/97, com redação dada pela Lei de 2009.

3. Consultado no site: <http://portal.stf.jus.br> em 13.1.2019.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o advento da Lei nº 11.960/09, as discussões acerca do artigo 1º-F, da Lei nº 9.494/97, foram intensificadas no que se referem aos consectários dos débitos judiciais aplicáveis à Fazenda Pública.

Os entendimentos do Supremo Tribunal Federal esposados nas Ações Direta de Inconstitucionalidade n.º (s) 4.425 e 4.357 e também no Recurso Extraordinário n.º 870.947, embora com fundamentos parecidos, são aplicados aos débitos fazendários, em dois momentos distintos:

- Atualização monetária e juros moratórios de créditos inscritos e pagos por precatórios: Aplica-se a decisão do Supremo Tribunal Federal nas Ações Direta de Inconstitucionalidade n.º (s) 4.425 e 4.357, inclusive no que tange à modulação de efeitos, que considerou inconstitucional a previsão de correção monetária pelos índices da poupança previsto no §12, do artigo 100, da Constituição Federal, e por arrastamento, no artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, visto que viola o direito de propriedade.

No tocante aos juros moratórios, a inconstitucionalidade incide apenas em relação às relações jurídicas tributárias, pois o particular quando devedor do Fisco arca com taxa de juros de 1% ao mês, o que viola o princípio da isonomia.

- Atualização monetária e juros de mora na fase de conhecimento até a expedição do precatório: Segue-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n.º 870.947 (tema 810) que compreendeu pela inconstitucionalidade da previsão contida no artigo 1º-F, da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09, quanto à utilização dos índices da poupança para atualização monetária dos débitos Fazendários, ressaltando-se que o Superior Tribunal de Justiça consignou que o índice a ser aplicado após 2009 é o IPCA, conforme se denota no Recurso especial nº 1.492.221, tema n.º 905. Porém, no Supremo Tribunal Federal está pendente o julgamento a modulação de efeitos, encontrando os seus efeitos suspensos pela decisão proferida nos embargos declaratórios em 24 de novembro de 2018.

No que concerne aos juros moratórios, faz-se uma separação: Quanto às relações jurídicas não tributárias é constitucional a previsão contida quanto à remuneração dos juros moratórios atrelados aos índices da poupança. Já as relações jurídicas tributárias, os juros moratórios da poupança são inconstitucionais, por violar o princípio da isonomia, aplicando-se os mesmos juros que o Fisco usa para cobrar os seus créditos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.425, Rel. Min. Luiz Fux, Plenário - Supremo Tribunal Federal, j. em 14.3.2013, Publicado em 19.12.2013;
- 2 – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.425 – Questão de Ordem -, Rel. Min. Luiz Fux, Plenário - Supremo Tribunal Federal, j. em 25.3.2015, Publicado em 4.8.2015;
- 3 – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.357, Rel. Min. Luiz Fux, Plenário , Supremo Tribunal Federal, j. em 14.3.2013, Publicado em 19.12.2013;
- 4 – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.357 – Questão de Ordem -, Rel. Min. Luiz Fux, Plenário - Supremo Tribunal Federal, j. em 25.3.2015, Publicado em 4.8.2015;
- 5 – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.357 – Embargos Declaratórios - Rel. Min. Luiz Fux, Plenário - Supremo Tribunal Federal, j. em 9.12.2015, Publicado em 6.8.2018;
- 6 – Recurso Extraordinário nº 453.740, Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário - Supremo Tribunal Federal, j. em 28.2.2007, publicado em 24.8.2007;
- 7 – Recurso Extraordinário nº 870.947 – Repercussão Geral - Rel. Min. Luiz Fux, Plenário - Supremo Tribunal Federal, j. em 16.4.2015, publicado em 27.4.2015;
- 8 – Recurso Extraordinário nº 870.947, Rel. Min. Luiz Fux, Plenário - Supremo Tribunal Federal, j. em 20.9.2017, publicado em 20.11.2017;
- 9 – Informativo nº 926 do Supremo Tribunal Federal, consultado no site: <http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo926.htm> em 19.1.2019;
- 10 – Recurso Especial nº 1.205.946/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Corte Especial – Superior Tribunal de Justiça, j. em 19.11.2011;
- 11 – Recurso Especial nº 1.492.221, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeiro Seção – Superior Tribunal de Justiça, j. em 22.2.2018;
- 12 – Andamento processual do Recurso Extraordinário nº 870.947 Consultado no site: <http://portal.stf.jus.br/> em 13.1.2019;

13 – Tramitação da Lei nº 11.960/09 - Consultado em <http://www.camara.gov.br> em 13.1.2019;

CAPÍTULO 39

A ELABORAÇÃO DA MATRIZ DE RISCOS NOS CONTRATOS CELEBRADOS POR EMPRESAS ESTATAIS

RODRIGO PIRONTI

Pós-Doutor em Direito Público. Doutor e Mestre em Direito Econômico.
Certificado em Gestão de Riscos QSP Summit. Certificado em
Compliance pela FIPECAFI – USP. Advogado e Parecerista.

1 O PROBLEMA

“Devido a má elaboração do contrato, poderá ocorrer o não pagamento, pela contratada, de encargos trabalhistas dos empregados envolvidos na prestação do serviço, o que poderá a levar redução da qualidade e falhas na prestação do serviço e a consequente inexecução do contrato..”

Se sua percepção inicial não permitiu, de maneira rápida e clara, o conhecimento sobre quais os passos você deverá tomar para obter o resultado pretendido, ou melhor, o resultado exigido pela Lei 13.303/16 como condição obrigatória aos contratos administrativos firmados por estas entidades à partir de junho de 2018, a análise realizada neste breve artigo importará à você.

2 A CLÁUSULA DE MATRIZ DE RISCO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DAS ESTATAIS

Junho de 2018 foi o marco temporal para a obrigatoriedade de implantação de uma efetiva gestão de riscos e compliance nas Empresas Estatais, ainda que as empresas não sejam consideradas de “grande porte” (acima de 90 milhões de receita bruta anual). Essa regra, pela inteligência dos

artigo 1, parágrafo 1 conjugado ao artigo 6, é cogente a toda e qualquer estatal à partir de 30 de junho de 2018¹, que, para além da criação de estruturas práticas de gestão de risco e compliance, deverão incluir nos anexos de seus contratos, uma efetiva e necessária matriz².

Para elaborar a matriz de risco como cláusula contratual, é necessário mapear e identificar os riscos. Neste trabalho podemos citar três grandes categorias de riscos: (i) riscos de origem externa; (ii) riscos operacionais; (iii) e riscos estratégicos.

Para identificar os riscos dentro desses três grandes agrupamentos, é necessário valer-se de técnicas genéricas de identificação de riscos, tais como registro de riscos, entrevista com especialistas, *brainstorming*, *slip de cranford entre outros*.

Nesta nova sistemática, os riscos não devem ser alocados de forma aleatória pela Estatal, mas, ao contrário, devem ser alocados de forma racional e eficiente, de acordo com a maior ou menor capacidade de cada um dos parceiros em mitigá-los. Assim, deve-se buscar imputar cada um dos riscos à parte que, ao menos em tese, for a mais apta a evitá-los, mitigá-los ou eliminá-los a um menor custo, onerando da menor forma possível a execução contratual. Daí porque a repartição objetiva de riscos não impõe uma distribuição *equivalente* de riscos, e sim uma distribuição *equitativa*, de base *racional*, alocando-se a cada parceiro os riscos que pode mais eficientemente gerir.

Deve-se tomar cuidado, nessa medida, para que a alocação de riscos ao privado não seja excessiva a ponto de onerá-lo em demasia, obrigando-o a assumir e mitigar riscos que seriam muito melhor absorvidos pela Estatal. Tal situação fatalmente desembocaria em situações como uma excessiva

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

§ 1º O Título I desta Lei, exceto o disposto nos arts. 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 11, 12 e 27, não se aplica à empresa pública e à sociedade de economia mista que tiver, em conjunto com suas respectivas subsidiárias, no exercício social anterior, receita operacional bruta inferior a R\$ 90.000.000,00 (noventa milhões de reais).

Art. 6º O estatuto da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias deverá observar regras de governança corporativa, de transparência e de estruturas, práticas de gestão de riscos e de controle interno, composição da administração e, havendo acionistas, mecanismos para sua proteção, todos constantes desta Lei.

2. Art. 69. São cláusulas necessárias nos contratos disciplinados por esta Lei:
X - matriz de riscos.

oneração do contrato, à medida que quanto mais riscos o particular assumir, maior será a remuneração exigida para geri-los.³

Por outro lado, é igualmente certo que os riscos não são todos previsíveis e antecipáveis pela Administração Pública no momento da licitação – senão não haveria que se falar em teoria da imprevisão e álea extraordinária, expressamente referidas no próprio art. 5º, III da lei. Diante disso, a nova sistemática não elimina a possibilidade de ocorrência de eventos imprevisíveis (e nem teria como, ainda mais num contrato de longa duração),⁴ mas ao menos determina que já se proceda de antemão à indicação de quem será o responsável por arcar com cada espécie de imprevisibilidade – podendo tal indicação ser revisada ao longo dos anos, em períodos de revisão contratual previamente estipulados.

3 DESMISTIFICANDO A ELABORAÇÃO DA MATRIZ DE RISCO NOS CONTRATOS DAS ESTATAIS

Talvez um dos temas mais complexos em se tratando de gerenciamento de risco, seja o tema da elaboração de uma efetiva matriz de riscos, não só pela dificuldade natural de se conceber uma possível matriz, mas também, pelo conflito conceitual existente entre o que pode ou não pode ser considerado uma matriz de risco nos contratos.

Aqui já lanço a primeira observação importante, quando a Lei prevê a necessidade de previsão de uma matriz contratual, o faz tendo em vista a necessidade de se mapear e mitigar riscos potenciais e aferíveis em uma escala de priorização, portanto, em minha concepção, não aceita que sejam lançados mapas de riscos ou tabelas de check-list, como se matriz fossem. Mapas de riscos (registros de riscos) e check-lists são processos de identificação de riscos e não matriz.

Tendo certo que existe a necessidade de priorização dos riscos contratuais, para que seja possível trata-los adequada e oportunamente, resta entender, de acordo com a metodologia de formação da matriz de riscos, qual aquela que se adequa melhor à realidade dos contratos firmados pelas estatais (e em larga escala, pela Administração Pública de maneira geral). A matriz de impacto x probabilidade, não só pelo seu fundamento em apuradas metodologias de gestão de riscos (COSO ERM, ISSO 31000 dentre outras),

3. O tema é abordado em: NESTER, Alexandre Wagner. O risco do empreendimento nas parcerias público-privadas. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (coord.). *Parcerias Público-Privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: RT, 2005, p. 174-192.

4. Sobre o tema, conferir: PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006).

mas por sua adequação à lógica dos riscos passíveis de enfrentamento em um contrato administrativo, parece ser aquela que melhor se adequa à esta nova exigência legal, qual seja, da previsão de uma efetiva matriz de risco como parte integrante dos contratos firmados.

Uma matriz de impacto x probabilidade, como o próprio nome induz, irá aquilatar e conjugar dois critérios para a obtenção do nível de riscos: um critério de impacto e outro de probabilidade. A conjugação destes dois critérios em um diagrama de cálculo de riscos, permitirá a confirmação do nível de risco da atividade verificada e, a depender do apetite de riscos da Entidade, determinará sua correção ou aceitação⁵.

A escala de impacto, que determina o grau de afetação do evento de risco no objetivo da Entidade, pode ser qualitativa ou quantitativa, a depender o interesse e do nível de maturidade do gerenciamento de risco da entidade. Para auxiliar na visualização do tema, vejamos o primeiro quadro:

ESCALA DE IMPACTO QUALITATIVA		
DESCRIPTOR	DESCRIÇÃO	NÍVEL
Muito Baixo	Impacto INSIGNIFICANTE nos objetivos.	1
Baixo	Impacto MÍNIMO nos objetivos.	2
Médio	Impacto MEDIANO nos objetivos, com possibilidade de recuperação.	3
Alto	Impacto SIGNIFICANTE nos objetivos, com possibilidade remota de recuperação.	4
Muito Alto	Impacto MÁXIMO nos objetivos, SEM possibilidade de recuperação.	5

Neste quadro, se vê representada a escala de impacto qualitativa, na qual o que interessa ao gestor dos riscos, é estabelecer parâmetros subjetivos de análise sobre a atividade analisada. Vê-se, claramente em razão dos níveis de riscos em uma escala de 1 a 5, que o grau de priorização será obtido por uma análise subjetiva do gestor, o que não é negativo, tendo em vista que a decisão subjetiva obviamente estará pautada em análises históricas e de melhor atendimento ao interesse da Entidade.

5. Quanto ao apetite de riscos, em razão de não ser objeto central deste trabalho, nos limitamos a informar que podem determinar a mitigação, aceitação ou transferência do risco. No âmbito público, não se cogita a hipótese de “evitar” o risco, uma vez que em razão o interesse público a ser atingido, não é dado à Administração (direta ou indireta) deixar de realizar determinada atividade que lhe é dirigida por Lei ou ato normativo.

ESCALA DE IMPACTO QUANTITATIVA				
CUSTO (AUMENTO %)	PRAZO (ATRASO %)	ESCOPO (AFETAÇÃO)	QUALIDADE (DEGRADAÇÃO)	NÍVEL
Até 10	Até 5	Insignificante	Inicial	1
> 10 até 20	> 5 até 10	Pouco	Pouco	2
> 20 até 30	> 10 até 15	Significativo	Relevante	3
> 30 até 50	> 15 até 20	Muito Significativo	Muito Relevante	4
> 50	> 20	Amplio	Grave	5

A escala de impacto quantitativa, levará em conta aspectos mensuráveis de forma objetiva nas atividades/cláusulas contratuais analisadas, como critérios de preço, prazo, objetivo, qualidade aferível, para que seja possível se determinar o nível de risco dentro de cada um dos aspectos analisados.

Obviamente que, neste caso, para uma melhor aplicação da própria matriz, será necessário para a formação do nível de risco analisado, que a entidade determine exatamente qual critério foi objeto de sua opção quantitativa, uma vez que seria bastante mais complexo a conjugação desses fatores para a formação do nível de risco⁶.

Realizada a análise da escala de impacto, cabe ao gestor anotar o nível de risco encontrado para aquela atividade e confrontá-lo com a escala de probabilidade.

ESCALA DE PROBABILIDADE			
DESCRIPTOR	DESCRIÇÃO	OCORRÊNCIAS (%)	NÍVEL
Muito Baixa	Evento extraordinário, sem histórico de ocorrência.	Até 10	1
Baixa	Evento casual e inesperado, sem histórico de ocorrência.	> 10 até 20	2
Média	Evento esperado, de frequência reduzida, e com histórico de ocorrência periodicamente conhecido.	> 20 até 30	3
Alta	Evento usual, com histórico de ocorrência amplamente conhecido.	> 30 até 50	4
Muito Alta	Evento repetitivo e constante.	> 50	5

6. A conjugação dos fatores, portanto, não é impossível, mas dependerá do nível de maturidade de cada Entidade.

A escala de probabilidade, que determinará qual a frequência de ocorrência do evento de risco identificado, para que seja possível prever a maior ou menor preocupação em enfrentá-lo, terá uma análise pautada também por critérios objetivos, ou seja, pelo número (real ou percentual) de acontecimentos de determinado evento de risco em razão do atingimento do objeto pretendido.

Após realizada esta análise, o gestor do risco também anotará seu resultado, para confrontá-lo, desta vez, com o nível de risco encontrado na escala de impacto.

Com esses dois critérios aferidos, será possível o cotejo dos níveis de riscos no denominado “diagrama de cálculo de risco”:

DIAGRAMA DO CÁLCULO DE RISCO.

		PROBABILIDADE				
		1 MUITO BAIXA	2 BAIXA	3 MÉDIA	4 ALTA	5 MUITO ALTA
IMPACTO	5 MUITO ALTO	5	10	15	20	25
	4 ALTO	4	8	12	16	20
	3 MÉDIO	3	6	9	12	15
	2 BAIXO	2	4	6	8	10
	1 MUITO BAIXO	1	2	3	4	5

EXTREMO (vermelho) MÉDIO (amarelo)
 ALTO (laranja) BAIXO (azul)

É o resultado do diagrama de cálculo de risco que indicará qual o nível de risco a que esta exposta a Entidade em razão do evento identificado no contrato. Por esta razão, não se pode confundir a matriz de risco com procedimentos simplificados de identificação de riscos, como é o caso do mapa de risco, registro de risco, check-lists dentre outros.

Veja que a composição numérica encontrada no diagrama também segue uma lógica de objetivação do risco, pois a multiplicação dos níveis de risco encontrados em suas escalas de impacto e probabilidade, permitem uma priorização objetiva na matriz, de quais riscos serão enfrentados de maneira prioritária ou preferencial, ainda que dentre de um mesmo nível de risco no diagrama de cálculo.

Com esses critérios é possível a formação de uma matriz de risco, que ganhará contornos mais ou menos complexos, a depender da maturidade da Entidade e da qualificação do gestor de risco para identificá-lo, descrevê-lo, diagramá-lo e tratá-lo.

Nesse ponto já podemos conversar sobre nossa matriz. Os critérios de uma efetiva matriz de risco, ao menos os critérios idealizados neste texto, deveriam ser estabelecidos dentro da seguinte dinâmica: a) identificação numérica do risco; b) evento de risco identificado (com suas causas e consequências); c) categoria do risco encontrado (para melhor priorizá-lo); d) probabilidade, impacto e cálculo de nível de risco; e) respostas; e) controles; e f) responsáveis pelos riscos.

A sua visualização seria, tratando-se dos critérios de análise, a seguinte:

ID	DESCRIÇÃO			CATEGORIA	P	I	NR (P x I)	RESPOSTA	CONTROLE	RESPONSÁVEL
	CAUSA	EVENTO	CONSEQUÊNCIA							

Voltemos à sintaxe de risco dada no problema (após a sua devida identificação e descrição⁷):

Devido a má elaboração do contrato, poderá ocorrer o não pagamento, pela contratada, de encargos trabalhistas dos empregados envolvidos na prestação do serviço, o que poderá levar redução da qualidade e falhas na prestação do serviço e a consequente inexecução do contrato.

Como estabelecer uma matriz de risco contratual para esta sintaxe?

Neste caso, identificado o evento de risco (na primeira hipótese da matriz apresentada abaixo), “poderá” ocorrer o não pagamento, pela contratada, de encargos trabalhistas dos empregados envolvidos na prestação do serviço”, o primeiro passo seria descrever na matriz qual a causa/fonte do risco para seu registro histórico, que neste caso, foi fixada como sendo “desconhecimento técnico da equipe”, em seguida, elencaríamos a própria consequência estimada descrita na sintaxe “redução na qualidade / falhas e faltas na prestação do serviço”. Diante disso, passaríamos para a classificação do nível de risco na matriz, elegendo em um primeiro momento a estimativa correspondente a probabilidade do evento que, neste caso, ficou avençada, após análise da planilha de probabilidade de ocorrência, como sendo de “média probabilidade”. É dizer, entende

7. Veja que a sintaxe do risco, com o objetivo de sua descrição, como regra adotará o seguinte formato: “Devido a <CAUSA/FONTE>, poderá acontecer <DESCRIÇÃO DA INCERTEZA>, o que levaria <DESCRIÇÃO DO IMPACTO, CONSEQUÊNCIA, EFEITO> impactando no/na <DIMENSÃO DE OBJETIVO IMPACTADA>”.

o gestor do risco que a probabilidade de “ocorrer o não pagamento, pela contratada, de encargos trabalhistas dos empregados envolvidos na prestação do serviço” é mediana. Em seguida, devemos verificar o critério de impacto, que a depender do objeto da matriz (como antes visto) poderá seguir um critério qualitativo ou quantitativo. Neste caso e abstraindo qual o critério utilizado, o gestor do risco classificou a consequência “redução na qualidade / falhas e faltas na prestação do serviço” como de alto impacto. Esses dois critérios, porém, não permitem uma informação gerencial e uma priorização dos riscos, por isso, nesse momento, é necessário que os resultados encontrados nas duas hipótese (PxI) sejam lançados no diagrama de cálculo de risco. Feito isso, chegaremos neste caso em um risco alto de nível de priorização 12. Com isto é possível, mediante o apetite de risco e controles internos estabelecidos, realizar de forma eficaz o controle gerencial dos riscos encontrados, responsabilizando (no sentido de responsividade e não responsabilização) aqueles que são encarregados da atividade de risco analisada. Esta atividade realizada em todos os eventos de riscos encontrados na fase de identificação, permitirá uma Matriz de Risco contratual gerencial e que acompanhe de forma eficaz as variações (positivas ou negativas) da avença.

Após todos os passos demonstrados, a tarefa parece muito mais simples e a matriz, após efetivados os critérios sugeridos, passará a ter o seguinte contorno:

ID	DESCRIÇÃO		CATEGORIA	P	I	NR (PxI)	RESPOSTA	CONTROLES	RESPONSÁVEL
	CAUSA	EVENTO							
1	Desconhecimento técnico da equipe	Não pagamento, pela contratada, de encargos trabalhistas dos empregados envolvidos na prestação do serviço	RISCO TRABALHISTA	Medio	Alto	Alto	Mitigar	Facilitação do cumprimento do cronograma de jornada de trabalho e eventuais faltas	Asses (Fiscal Técnico) e Ass (Fiscal Administrativo)
2	Má elaboração de contrato	Não pagamento, pela contratada, de encargos trabalhistas dos empregados envolvidos na prestação do serviço	RISCO TRABALHISTA	Medio	Alto	Alto	Mitigar	Facilitação diligente do cumprimento dos encargos trabalhistas mensais, com definição de empregados e garantia do efeito surpresa	Asses (Fiscal Administrativo)
3	Desconhecimento técnico da equipe	Não pagamento, pela contratada, de encargos trabalhistas dos empregados envolvidos na prestação do serviço	RISCO TRABALHISTA	Alto	Alto	Alto	Mitigar	Retenção de pagamento	Asses (Sector)
4	Má elaboração de contrato	Não pagamento, pela contratada, de encargos trabalhistas dos empregados envolvidos na prestação do serviço	RISCO TRABALHISTA	Alto	Alto	Alto	Mitigar	Comunicação ao Ministério do Trabalho e Secretaria de Renda Federal, Sindicato da categoria envolvida	Asses (Sector)

É perceptível, portanto, que para a adequação legislativa pretendida, as Estatais deverão, em sua área de governança corporativa: compliance e

gestão de riscos, instituir um sistema efetivo de gerenciamento, que permita, não apenas a identificação dos riscos, mas para além disso, a alocação destes riscos em uma efetiva matriz, distante dos check-lists e registros de riscos (mapas de riscos) até então utilizados, uma vez que apenas a matriz de riscos (fundada em critérios técnicos da ISO 31000 e outras normas correlatas) permite uma análise gerencial e evolutiva dos riscos e de sua mitigação.

CAPÍTULO 40

MORALIDADE, IMPROBIDADE, EFICIÊNCIA E COMPLIANCE: VARIÁVEIS DE UM TEOREMA JURÍDICO

ROSANGELA TREMEL

Advogada; Jornalista; Administradora de empresas; Criadora do projeto e Editora-Chefe da Revista Jurídica da Unisul “De fato e De Direito”; Coautora de obras jurídicas; Colunista especial do Instituto Diálogo (RJ); Professora de Direito Público em grau de Mestre para pós-graduação; Colaboradora de periódicos especializados.

A teoria é sempre franca e generosa, a prática
sovina e mesquinha.

Tobias Barreto (1839/1889)

INTRODUÇÃO

Para fins deste estudo, foram separados dois princípios constitucionais que regem a administração pública: moralidade e eficiência. Pela íntima correlação com os referidos princípios, aborda-se improbidade e *compliance*, duas grandes questões que vêm migrando da área privada para o setor público, desaguando no que alguns chamam de direito administrativo sancionatório.

O presente artigo mescla, então, como variáveis de uma equação, princípios e regras. Utiliza-se da metáfora de que princípios são guarda-chuvas sob os quais se acomodam as regras. Dentro desta imagem fundem-se, nas próximas páginas, em blocos compactos, visto que é tarefa inglória

impor fronteiras de atuação onde o que subsiste é a complementaridade, tanto na moralidade/improbidade quanto na eficiência/*compliance*.

O entrelaçamento proposto reflete o momento presente intensamente vivido e discutido no Brasil, em termos de gestão da coisa pública, trazendo à memória de todos a origem da palavra república, vale dizer da *res pública*.

1 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: CONSIDERAÇÕES INICIAIS

“Os princípios do Direito, em especial os princípios constitucionais, têm relevância no ordenamento jurídico. Com efeito, **não vislumbramos a possibilidade de interpretação do Direito sem observância dos princípios constitucionais**”(grifado no original).¹ Esta afirmativa de Nishiyama e Adolfo Mamoru *et al*, resume a definição do recorte do objeto central deste artigo: dois princípios que visam o bem comum através da melhor gestão do patrimônio da nação, fruto de pesada carga tributária. A fusão de princípios com regras que lhe são intimamente correlacionadas, de que tratam as páginas seguintes, encontram respaldo em Rizzato Nunes, “nenhuma interpretação será bem feita se for desprezado um princípio. É que, ele, como estrela máxima do universo ético-jurídico, vai sempre influir no conteúdo de alcance de todas as normas”² e mantém derivação direta com ensinamento de Mello:

Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo sistema de comandos. É a forma mais grave de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra³.

É mister registrar definição de princípio, até para fins de acordo semântico. Grau sustenta a premissa conceitual:

O princípio jurídico é uma norma jurídica, forte e poderosa o suficiente, sem necessidade de uma regra ou outro princípio que o explique, para determinar a validade ou invalidade de regras e atos jurídicos. Os princípios não são criados pela doutrina ou pela jurisprudência, mas sim

1. NISHIYAMA, Adolfo Mamoru, Pinheiro, Flavia Campos de. Lazari, Rafael de. *Manual de hermenêutica jurídica*, Belo Horizonte, DPlácido 2018, p. 35.
2. NUNES, Rizzato. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 178.
3. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 630.

identificados no ordenamento jurídico⁴.

Isto posto é de clareza solar que a Administração Pública deve pautar sua conduta pelos ditames legais, em atividade de complementação daquilo que for estatuído pelo legislador. Este é o ângulo através do qual se pretende determinar o recorte deste ensaio, que tem como fronteiras os princípios constitucionais da Administração Pública (art. 37, caput, Constituição Federal), com ênfase na moralidade e na eficiência:

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 da legalidade, impessoalidade, **moralidade**, publicidade e **eficiência**. (sem grifo no original).

A partir deste norte é fundamental recortar o escopo da ação do que se chama administração pública, frequentemente vista como um ente à parte, e não como um aparato suportado por todos nós, cidadãos, com base em intensa tributação a partir de seus mais diferentes e originais fatos geradores.

Para Amato,

A administração pública em seu uso comum, é uma expressão genérica que indica um conjunto de atividades envolvidas no estabelecimento e implementação de políticas públicas. É percebida como a parte da política que se concentra na burocracia e em suas relações com os ramos executivo, legislativo e judiciário do governo. É a parte mais manifesta do governo, o próprio governo em ação. É o lado executivo, operativo, o lado mais visível do governo ao buscar a execução detalhada da lei pública.⁵

Em seu alcance mais amplo, a visão do que é administração pública deve abranger todas as áreas e atividades governadas pela política pública. Porém, pela força do uso, ela passou a significar, principalmente, a organização, pessoal, práticas e processos essenciais ao exercício das funções confiadas ao ramo executivo do governo e suportadas por todos os contribuintes.

Breve revisitada aos clássicos de referência neste segmento do direito, temos a definição de Di Pietro que soma as visões objetiva e subjetiva com propriedade:

Administração Pública, em sentido objetivo, é a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve, sob regime jurídico de direito público, para a consecução dos

4. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1998* (interpretação e crítica). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 129.

5. AMATO, Pedro. *Introdução à administração pública*. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1991. p. 17.

interesses coletivos. Já em sentido subjetivo pode-se definir Administração Pública como o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado.⁶

O conceito de Hely Lopes Meirelles traz, de forma enxuta e clara, que a Administração Pública “é a atividade do Estado in concreto para a satisfação de seus fins de conservação, de bem-estar individual do cidadão e de progresso social”.⁷

Dos sempre lembrados Gaus, Dimock e White, bastante assertivos ao tratar o assunto, tem-se um resumo eternamente atual do objetivo de tal aparato: “o importante é que a administração pública tem que lidar com problemas sociais e econômicos concretos, tais como saúde, utilidades públicas, planejamentos regionais e outros ramos de atividade governamental”⁸. Neste sentido, concluem os autores: “se a administração pública é um instrumento de consecução de políticas públicas, deve, portanto, ser inventiva e rigorosamente adequada aos objetivos que lhe são próprios”.⁹

A partir deste olhar, desenvolve-se o raciocínio de que tal aparato, atualmente bastante volumoso em nosso país e excessivamente caro, haja vista a inobservância da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000), que tem a finalidade de servir a todos, também deve ser objeto de controle. Ao Estado como entidade do povo e a serviço do povo, aplica-se, ou dever-se-ia fazê-lo com extremo rigor, uma das cinco clássicas funções do administrador expressa na fórmula PO3C, da autoria de Henry Fayol: “planejar, organizar, comandar, coordenar e controlar”.¹⁰ Neste viés, o mestre Juarez de Freitas preleciona:

O controlador dos atos administrativos, conscientemente, há de se deixar guiar mais em função dos princípios do que das regras, já que, como visto, o seu dever é o de velar pelo sistema hierarquizado de princípios e normas, estas servindo à densificação daqueles. O controle adequadamente empreendido, à luz das diretrizes principiológicas superiores é aquele que se mostra apto a conferir a devida e indispensável concatenação interna

6. DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. Disponível em: <<https://www.saraiva.com.br/direito-administrativo-30-cd-2017-9416522.html>>. Acesso em: 30 de set. 2018.

7. MEIRELLES, Hely Lopes. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/331821693/Direito-Administrativo-Brasileiro-Hely-Lopes-Meirelles-2016>>. Acesso em: 30 de set. 2018.

8. GAUS, DIMOCK; WHITE. *Fronteiras da administração pública*. RSF: Rio de Janeiro, dez, 1951.p. 27-118.

9. Idem.

10. EALINA, Jenifer. Henri Fayol - pai da Teoria Clássica da Administração. Disponível em: <<https://www.portal-gestao.com>>. Acesso em: 30 de set. 2018.

ao ordenamento, algo impossível de se obter pela simples consideração inarticulada de suas regras ou normas. Com efeito, ao contemplar os preceitos jurídicos em geral, mister considerar que a tarefa suprema reside em priorizar princípios, normas e valores, emprestando a maior efetividade possível ao conjunto orgânico que daí exsurge, a um só tempo, aberto e unitário. Controlar- assim como interpretar os conteúdos jurídicos – é, sem dúvida, essencialmente saber hierarquizar¹¹.

Queiró arremata o assunto: “A Administração é a *longa manus* do legislador”, e discorre sobre a atividade administrativa dizendo que se trata da “lei em ato, aplicando-a de ofício próprio em que o administrador público está adstrito aos comandos legais”.¹²

2 MORALIDADE E IMPROBIDADE

Em rasa reflexão, poder-se-ia concluir que, ao haver o princípio da legalidade, tudo se depreenderia dali, porém, minudentemente, o texto constitucional brasileiro vigente esmiúça os balizadores da atividade administrativa pública, incluindo, além de outros, o da moralidade.

O Supremo Tribunal Federal (STF) se manifesta sobre o tema, juntando as expressões princípios e administrativos, dando suporte ao pensamento central deste artigo como um todo e deste parágrafo em especial:

Poder-se-á dizer que apenas agora a Constituição Federal consagrou a moralidade como princípio de administração pública (art 37 da CF). isso não é verdade. Os princípios podem estar ou não explicitados em normas. Normalmente, sequer constam de texto regrado. Defluem no todo do ordenamento jurídico. Encontram-se ínsitos, implícitos no sistema, permeando as diversas normas regeadoras de determinada matéria. O só fato de um princípio não figurar no texto constitucional, não significa que nunca teve relevância de princípio. A circunstância de, no texto constitucional anterior, não figurar o princípio da moralidade não significa que o administrador poderia agir de forma imoral ou mesmo amoral. Como ensina Jesus Gonzales Perez “el hecho de su consagración en una norma legal no supone que com anterioridad no existiera, ni que por tal consagración legislativa haya perdido tal carácter” (El

11. FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p 98-99.

12. QUEIRO, Afonso Rodrigues. *Os limites do poder discricionário das autoridades administrativas*. Disponível em: <///C:/Users/Downloads/32546-60495-1-PB.pdf>. Acesso em: 30 set. 2018.

principio de buena fé em el derecho administrativo. Madri, 1983. p. 15). Os princípios gerais de direito existem por força própria, independentemente de figurarem em texto legislativo. E o fato de passarem a figurar em texto constitucional ou legal não lhes retira o caráter de princípio. O agente público não só tem que ser honesto e probo, mas tem que mostrar que possui tal qualidade. Como a mulher de César”. STF – 2ª T. Recurso Extraordinário nº 160.381 – SP, Rel. Min. Marco Aurélio, v.u.; RTJ 153/1.030.¹³

Isto posto pela mais alta corte deste país liga, em definitivo, o conceito de boa administração pública ao da moralidade que, neste estudo, envereda pela necessidade de probidade, expressão menos usada do que o seu antônimo, a improbidade, expressão hoje frequente na mídia em geral, enquadrando que tantos agentes públicos neste momento histórico.

Em rápido exercício de memória, no ano de 2004, quando da publicação de artigo sobre o tema¹⁴ e posterior discussão em sala de aula, soletrar a palavra improbidade era quase um trava-língua fonético, bem como usar o adjetivo probo era obrigar consulta ao dicionário. Mais de uma década depois desta data e 26 anos depois de sua sanção, a Lei de Improbidade Administrativa (LIA - Lei nº 8429/92), difícil quem não saiba de cor ou como, poeticamente, se diz em inglês, *by heart* (que em tradução literal significa ‘no coração’ e aqui cabe o adjetivo patriota para qualificar o coração) o teor dos três principais artigos: art. 9º Dos Atos de Improbidade Administrativa que Importam Enriquecimento Ilícito, art. 10º Dos Atos de Improbidade Administrativa que Causam Prejuízo ao Erário e art. 11º Dos Atos de Improbidade Administrativa que atentam Contra os Princípios da Administração Pública.

Ao reler os citados títulos que tipificam condutas, tem-se a amplitude da responsabilidade de ser agente público e sua obrigação (do verbo obrigar, moral e legalmente), na correta execução de sua atividade laboral. É importante ressaltar a questão moral e legal, pois imoralidade administrativa e improbidade administrativa não são sinônimos. Ao colocar a moralidade ao lado da probidade, afirma Di Pietro que,

Como princípios eles significam praticamente a mesma coisa, mas quando se fala em improbidade como ato ilícito, como infração sancionada pelo ordenamento jurídico, deixa de haver sinonímia entre as duas expressões, porque a improbidade tem sentido mais amplo e mais preciso, que

13. BRASIL. STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/>>. Acesso em: 30 set. 2018.

14. TREMEL, Rosângela. *Prefeitos e crimes contra a administração pública*. L&C: Revista de Licitações e contratos. Brasília, v.7, n. 72, p. 21–25, jun., 2004.

abrange não só atos desonestos ou imorais, mas também, e principalmente, atos ilegais. Na lei de improbidade administrativa a lesão à moralidade administrativa é apenas uma das inúmeras hipóteses de atos de improbidade previstos em lei.¹⁵

A expressão ‘probidade’ é originária do latim “*probitas*”, do radical “*probus*” cujo significado é crescer retilíneo (tal expressão era aplicada às plantas). Em sentido moral, dela derivam “provo”, “reprovo”, “aprovo” e outros cognatos para dizer da atitude de respeito total aos bens e direitos alheios, bem como de se tratar de item essencial para a integridade do caráter.¹⁶ Da conduta inversa, tem-se a improbidade administrativa, cujo sujeito ativo será aquele que estiver investido de função pública, seja qual for a forma que a ela tiver sido guindado, a condição da qual se revista, em caráter temporário ou efetivo e que importe no gerenciamento, na destinação ou aplicação dos valores, bens e serviços cuja gestão tenha como finalidade o público, o povo, a nação. Não foi outra a intenção do constituinte de 88 que rechaçou a expressão funcionário público (aquele que funciona) para servidor público (aquele que serve a bem da nação). Isso significa, afirma Marinella¹⁷ que, em sua atuação, deve, necessariamente, o administrador público atender aos ditames da conduta ética, honesta, exigindo a observância de padrões éticos, de boa-fé, de lealdade, de regras que assegurem a boa administração e a disciplina interna na “Administração Pública”.

Toshio Mukai vai além e esclarece que

A moralidade administrativa difere da moralidade comum porque ela busca e significa tão só que o agente público atue na condição de um bom administrador, como alguém que, gerindo recursos alheios, o faz ciente de que não são seus, e, portanto, atuando com eficiência, zelo, parcimônia, honestidade e, sobretudo, com a observância da boa-fé; enfim, o princípio da moralidade administrativa requer que o administrador público, na prática de cada ato de sua alçada e competência, saiba discernir entre aquilo que é do bem daquilo que é do mal e, além disso, tenha no seu agir a preocupação constante do bom administrador, aplicando a lei corretamente, no sentido sempre da satisfação do interesse público, fim último do Estado.¹⁸

15. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 31. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

16. BRASIL. STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/>>. Acesso em: 30 set. 2018.

17. MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. Salvador: Juspodivim, 2005. p. 37.

18. MUKAI, Toshio. *Da aplicabilidade do princípio da moralidade administrativa e do seu controle jurisdicional*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 4, p. 211-215, jul./set. 1993.

Pelo princípio da moralidade administrativa, reforça Moraes

Não bastará ao administrador o cumprimento da estrita legalidade, ele deverá respeitar os princípios éticos de razoabilidade e justiça, pois a moralidade constitui pressuposto de validade de todo ato administrativo. Moralidade administrativa está, definitivamente, ligada ao conceito de bom administrador e à sua responsabilização por ato amoral ou imoral¹⁹.

Em lição que se eterniza, Franco Sobrinho diz:

Difícil de saber por que o princípio da moralidade no direito encontra tantos adversários. A teoria moral não é nenhum problema especial para a teoria legal. As concepções na base natural são analógicas. Por que somente a proteção da legalidade e não da moralidade também? A resposta negativa só pode interessar aos administradores ímprobos. Não à Administração, nem à ordem jurídica. O contrário seria negar aquele mínimo ético mesmo para os atos juridicamente lícitos. Ou negar a exação no cumprimento do dever funcional.²⁰

Há quem, ainda, mesmo no tumultuado cenário atual ou, talvez em função da reinante turbulência em vários órgãos públicos, insista em confundir imoralidade administrativa com improbidade administrativa, mas França dirime dúvidas:

Quando o administrador público age contrariando as regras de probidade administrativa também a moralidade administrativa restou prejudicada, desrespeitada, ainda que de forma indireta. Isso ocorre porque o dever da boa administração está ligado ao atendimento à finalidade pública, mas sem flexibilização das normas às quais está submetida a Administração Pública, sob pena de atropelar o ordenamento jurídico. Isto significa que, por mais que esteja bem-intencionado o administrador, ele não poderá afastar os preceitos do regime jurídico vigente sob o argumento de que os mesmos impedem ou inviabilizam o interesse público.²¹

O ordenamento jurídico pátrio dispõe de vários mecanismos para impedir a prática de atos de imoralidade, tais como os remédios constitucionais, principalmente, a ação popular, prevista no art. 5º, LXXIII da CF; a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei complementar nº 100/2000), normas sobre improbidade administrativa, previstas no art. 37, § 4º, da CF

19. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2005. p. 296.

20. FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *O princípio Constitucional da moralidade administrativa*. 2 ed. Curitiba: Gênese, 1993. p.157.

21. FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Eficiência Administrativa na constituição Federal*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, n. 35. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 2001.

e a Lei 8.429/92, dentre outros, visto tratar-se de rol exemplificativo e não exaustivo do tema.

A já citada LIA (Lei 8.429/ 1992) cujo objeto é enquadrar condutas de improbidade administrativa, dispondo sobre as sanções aplicáveis ao agente público no exercício do mandato, cargo, emprego ou função, na administração direta, indireta ou fundacional, além de definir como e quando sua conduta se traduz em ato com tal definição, adentra pela seara do que chama-se de rol meramente exemplificativo, pois uma vez determinado o ato, ainda que não se enquadre em uma das hipóteses previstas expressamente nos dispositivos legais, poderá ser considerado como conduta ímproba.

Nem só o administrador público, porém deve observar o princípio da moralidade em sua atuação profissional. Cabe a cada profissional particular que se relacionar com a administração a observação deste princípio, sem violar a boa-fé, os padrões éticos de probidade, o decoro, enfim, a moralidade administrativa. De forma que, mesmo que o comportamento da administração ou do particular que com ela estabelece relação jurídica, ainda que esteja de acordo com a lei, ferir a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, estará violando o princípio da moralidade. O ato administrativo praticado nessas circunstâncias deve ser retirado do ordenamento jurídico, quer pela própria administração, quer pelo Poder Judiciário, não podendo produzir efeitos jurídicos. Nos termos do Ministro Carlos Velloso, tratando dos princípios constitucionais como um todo: “CF, art. 37: seu cumprimento faz-se num devido processo legal, vale dizer, num processo disciplinado por normas legais. Fora daí, tem-se violação à ordem pública, considerada esta em termos de ordem jurídico-constitucional, jurídico-administrativa e jurídico-processual.[Pet 2.066 AgR, rel. min. Carlos Velloso, j. 19-10-2000, P, DJ de 28-2-2003.]”²²

No mesmo sentido, o Ministro Celso de Mello pacifica o assunto valorizando a moralidade em sua forma administrativa:

O princípio da moralidade administrativa – enquanto valor constitucional revestido de caráter ético-jurídico – condiciona a legitimidade e a validade dos atos estatais. A atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa. Esse postulado fundamental, que rege a atuação do poder público, confere substância e dá

22. BRASIL. STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar>>. Acesso em: 30 set. 2018.

expressão a uma pauta de valores éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado.[ADI 2.661 MC, rel. min. Celso de Mello, j. 5-6-2002, P, DJ de 23-8-2002.]²³

Basta trocar moralidade por probidade e a questão se encontra devidamente equacionada, com todas as variáveis no lugar, revestindo de eficácia e efetividade a concretização das normas, não sendo raro que se fale em princípio da probidade no intuito de tornar o recorte mais específico, injetando-lhe força, o que parece desnecessário diante do contexto posto. Há nítida simbiose entre ambos neste cenário do século XXI, pois se a moralidade poderia, em algumas circunstâncias, levar a filosofar, a flunar no campo abstrato, a probidade traz, a todos, sem exceção, para a concretude das condutas diárias e suas tipificações, deixando doutrinadores e administradores com pés fortemente fincados no chão. Nas palavras de Juarez de Freitas:

[...] um dos mais fascinantes princípios de estatura constitucional, revestido de autonomia no sistema pátrio, é justamente o princípio da moralidade, o qual representa um desafio para o intérprete maduro no mister de emprestar concordância prática e efetividade às normas que colimam a sua concreção. Do referido princípio descende [...] o também expressamente agasalhado princípio da probidade administrativa²⁴.

Se fosse um teorema, usar-se-ia, na linguagem matemática, a expressão: c.q.d., como queríamos demonstrar.

3 EFICIÊNCIA E COMPLIANCE

Desde a publicação da Emenda Constitucional n.19 (EC 19), em 4 de junho de 1998, a administração pública, em seus diferentes poderes e esferas, assumiu o dever principiológico de ser eficiente. E aí começou uma nova era, ou deveria ter começado. Há controvérsias. Certeza apenas de que há um novo elemento alvo de criterioso estudo no âmbito da administração pública como um todo e objeto de amplo debate nos termos do direito administrativo.

Quando se afunila o estudo para o princípio constitucional da eficiência, no entanto, percebe-se que eventual pacificação no seu conceito

23. BRASIL. STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar>>. Acesso em: 30 set. 2018.

24. FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 99.

ainda está distante. Há doutrinadores como Moreira²⁵ que consideravam a inclusão do princípio em estudo como fora do contexto público, posto que derivado da administração gerencial privada competitiva, afirmando que sua inserção no âmbito constitucional não geraria nenhum benefício efetivo.

Não foi com a EC 19/98, porém, o primeiro momento em que a determinação de gerir aparato estatal com eficiência integrou o arcabouço legal brasileiro. Apareceu também como princípio no “*caput*” do art. 2º da Lei 9.784, de 29.1.1999 (a mesma que trata do processo administrativo federal). A própria Lei 8.987, que é de 1995, ou seja, anterior à referida EC, já fazia referência ao mencionado princípio (por exemplo, no seu § 1º do art. 6º). Mas, quando a Mensagem Presidencial 886/95, que restou convertida na Proposta de Emenda Constitucional 173/95, cuja conclusão foi a EC 19/98, passou a virar obrigação sua efetivação.

Tavares²⁶ afirma: “certamente um dos aspectos mais salientes do princípio da eficiência é a busca da economicidade na Administração, exigida pelo art. 70 ao estabelecer a fiscalização de seu cumprimento”.²⁷

Com Freitas acompanha-se parte deste entendimento no que se refere a obras inacabadas ou, para usar expressão do autor pátrio que tudo engloba:

É que nosso País insiste em praticar em todas as searas, desperdícios ignominiosos de recursos escassos [...] torna-se evidente frisar que tal princípio constitucional está a vedar, expressamente, todo e qualquer desperdício de recursos públicos ou escolhas que não possam ser catalogadas como verdadeiramente comprometidas com a busca da otimização ou do melhor para o interesse público²⁸.

25. MOREIRA, Egon Bockmann. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *As leis de processo administrativo: lei federal 9784/99 e lei paulista 10.177/98*. São Paulo: Malheiros, 2000a, p. 320-341.

26. TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

27. Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou entidade pública que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumia obrigações de natureza pecuniária. Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumia obrigações de natureza pecuniária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

28. FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

E há vários juristas buscando conceito e essência para o princípio em foco, dentro da visão da economicidade, como Silva:

[...] a eficiência administrativa, como corolário da economicidade, tem uma vertente de maximização do recurso público a ser despendido pela Administração Pública, pelo que, para ser eficiente, a atividade administrativa empreendida deverá trazer benefícios para a coletividade compatíveis com o montante de recursos públicos despendidos.²⁹

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Mendes segue na mesma seara quando diz que o princípio em tela:

Orienta a atividade administrativa no sentido de conseguir os melhores resultados com os meios escassos de que se dispõe e a menor custo. Rege-se, pois, pela regra da consecução do maior benefício com o menor custo possível, a chamada “boa administração” pelos publicistas italianos. Esse princípio consubstancia a exigência de que os gestores da coisa pública não economizem esforços no desempenho dos seus encargos, de modo a otimizar o emprego dos recursos que a sociedade destina para a satisfação das suas múltiplas necessidades; numa palavra, que pratiquem a ‘boa administração’, de que falam os publicistas italianos³⁰.

Há, entretanto, que se repensar a grandeza deste princípio, visto que os resultados dos esforços da administração pública, para que possam ser adjetivados como favoráveis, positivos, devem ser não apenas eficientes, mas também eficazes e efetivos. Em outros termos, vale dizer que não basta, como preconiza o conceito básico de eficiência, usar com economia, zelo e dedicação os bens e os recursos públicos. Há que haver eficácia, o que significa comprometimento político e institucional com um planejamento competente e com seu cumprimento responsável para que tal gere afetividade, entendida como a obtenção de resultados sociais aspirados pela sociedade, inclusive oferecendo-lhe serviços de interesse social compatíveis com suas necessidades em extensão, qualidade e custos. Neste contexto, o conceito alarga suas fronteiras, pois deixa a concreticidade das obras para incluir serviços. É o momento em que o Poder Judiciário se encaixa à perfeição como exemplo. Para Ferraz e Dallari³¹, o princípio da eficiência, aplicado ao processo “exige que este, no mínimo, chegue ao seu final, com

29. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 651.

30. MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 834.

31. FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson de Abreu. *Processo Administrativo*. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 100.

celeridade, com uma decisão conclusiva que afirme ou negue um direito, ou solucione uma controvérsia”.

Ao ler com cuidado dispositivos internacionais e dedicar atenção para analisar o mesmo princípio em território brasileiro com o distanciamento crítico que o tempo impõe, afinal lá se vão cerca de duas décadas no Brasil e muitas outras em Portugal, Itália e Espanha, percebe-se que tal está longe do que se pensara logo após a publicação, quando ele chegou a ser considerado nada mais do que princípio da economicidade guindado ao *caput* da Constituição Federal, algo como mera ausência de desperdício de recursos.

A eficiência, hoje, é uma exigência social intrínseca a tudo o que se pretenda fazer. A própria ideia de boa fé refuta a construção ou a prática de atos concebidos para serem ineficientes, afinal o aparato estatal foi erigido para servir à coletividade com presteza, perfeição e rendimento funcional, de modo a produzir resultados. Antes da EC 19 a administração já havia este dever ainda que de forma implícita na própria Constituição. Mas, então, no meio acadêmico se afirmava que

Tal espectro deveria ser ampliado, uma vez que o princípio constitucional da eficiência se concretiza quando a ação administrativa atinge materialmente os seus fins lícitos por vias lícitas, quando o cidadão se sente amparado e satisfeito na resolução dos problemas que leva aos representantes do Estado [...]³².

A assertiva de Ávila reforça este forma de olhar:

A eficiência pretendida pelo texto constitucional (art. 37, caput) não se esgota na adoção pelo Poder Público de procedimentos formalmente corretos. A sociedade aspira a que a Administração adote os métodos mais apropriados, dentro de avançados padrões técnicos. O administrador não será responsabilizado se o resultado não for o esperado, mas apenas se não diligenciou para que a Administração adotasse todos os procedimentos ao seu alcance para obter o melhor intento. O que se exige é que a Administração trabalhe com qualidade, opere de forma a colocar à disposição da sociedade os avanços tecnológicos próprios da modernidade, esteja voltada para o atendimento satisfatório das necessidades do todo coletivo. A correção dos métodos será determinante na obtenção dos melhores resultados³³.

32. TREMEL, Rosângela. *Contratos de gestão e o princípio constitucional da eficiência*. Dissertação de Mestrado da UDESC. Florianópolis, 2001.p. 26.

33. ÁVILA, Humberto. *Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade Administrativa*. Belo Horizonte. Revista Brasileira de Direito Público, ano 1, n. 1, abr./jun.2003.p. 105-133. p. 126.

Meirelles preleciona, em sua obra clássica, com relação à eficiência, que esta: “exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional”³⁴.

Mello é especialmente didático ao dizer que tais princípios e regras “guardam entre si uma relação de coerência e unidade, compondo o denominado regime jurídico-administrativo”³⁵. E, ao fazê-lo, o doutrinador abre caminho para que se trate de *compliance* na área pública, um assunto que vem ganhando espaço par e passo com a crescente e vigorosa aplicação desta regulação na área privada que resulta em menos lide e mais prevenção. Neste momento de turbulentos cenários econômicos e de minuciosas investigações que têm resultado em tantos processos vitoriosos contra agentes públicos, a *compliance* como forma de governança é assunto que se impõe.

Grandes empresas por vezes até dispõem de seus códigos de ética e normas de conduta, porém do tipo que se chama “*compliance* de papel”, ou *compliance* de fachada ou ainda *sham programs*. É sabido que, para a real efetivação destes princípios integrantes de programa norteador de conduta, o exemplo tem de vir de cima. Desta forma, ainda que não se torne infalível, ocorre uma indução ao sucesso deste programa de integridade quando há comprometimento do topo da pirâmide. Isto falando de iniciativa privada. Quando se transporta a questão para a área pública, por carência de fontes, pode-se começar por adequar as lições do Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE, materializadas em Guia premiado internacionalmente, no ano de 2016, que são nucleares para definição de condutas: “ao incluir o tema como uma de suas prioridades estratégicas a alta administração [...] assegura a inclusão no orçamento, [...] atribui metas, objetivos e itens de controle do programa a serem observados na prática”³⁶.

O mencionado Guia, embora voltado para a questão concorrencial, pensando na soma das partes, faz alerta importante que deve ser realçado e que se torna essencial, para que *compliance*, de fato, integre a cultura corporativa: “que os funcionários não sejam cobrados por “resultados acima de tudo” e que não exista incentivo ou tolerância a práticas que, não

34. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 90.

35. MELLO, Celso Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 23.

36. BRASIL. Guia programas de compliance, orientações sobre estruturação e benefícios da adoção dos programas de compliance concorrencial. Jan. 2016 Gabinete da Presidência do CADE. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 10 de out. 2018.

obstante ilícitas, trazem resultados positivos para a organização no curto prazo”.³⁷

Organizações privadas ou públicas que adotam programas de *compliance* bem elaborados e devidamente implementados, além de serem mais atraentes para formação de parcerias, permitem aos seus administradores e dirigentes passarem pelo processo de tomada de decisão com mais confiança e, certamente, este é um ponto em comum para todos os que se filiam a esta prática. Alguns diplomas legais reforçam predisposição à materialização desta conduta regulatória preventiva. Percebe-se bons diplomas legais que fortalecem a efetivação de *compliance* no setor público, porém, na prática, ainda há timidez ao tirar tais dispositivos do papel e usá-los de crescente forma preventiva, bem como persiste o mesquinho ranço de priscas eras ao aplicá-los corretivamente.

A quantidade de diplomas jurídicos promulgados é farta (teoria generosa, prática sovina, dir-se-ia parafraseando Tobias Barreto, cuja citação literal abre o presente artigo) no sentido de solidificar a urgente adoção plena de *compliance* para o setor público, como se pode perceber pela menção de alguns: Lei Anticorrupção (Lei n.º 12.846 de 1º de agosto de 2013 e Decreto n.º 8.420 de 18 de março de 2015); Lei do Acesso a Informação (Lei n.º 12.527, de 18 de novembro de 2011); a Lei de Conflito de Interesses (Lei n.º 12.813, de 16 de maio de 2013), assim como Estatuto Jurídico da Empresa Pública, da Sociedade de Economia Mista e suas Subsidiárias no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (Lei 13.303 de 30 de junho de 2016), a Política Nacional de Inteligência (Decreto 8.793 de 29 de junho de 2016), dentre outras e longe de esgotar o rol. Diante deste cipoal de normas, Marçal e Pereira Júnior afirma que “No Brasil, a evolução legislativa recente tende a incentivar práticas de *compliance* na administração e entre as entidades privadas que com ela venham a se relacionar”³⁸

A lei n.º 12.846/13, regulamentada pelo Decreto n.º 8.420/2015, conhecida como lei anticorrupção e a que é recorrentemente citada em primeiro lugar ao se tratar do tema *compliance* na área pública, integra-se ao direito administrativo por alguns dito como sancionatório. Sem prever, propriamente, sanções de natureza penal, veicula preceitos que, comprovadas as práticas vedadas, proporcionam a imposição de graves sanções aos que se relacionam com a administração pública. Esta lei seguiu a de n.º 12.683/2012 – Lei de Lavagem de Dinheiro, e da mera existência

37. Idem.

38. MARÇAL, Thaís Boia; PREREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Evolução legislativa incentiva compliance na administração pública publicado em 13 de março de 2018*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI275977,31047->>. Acesso em: 11 de out. 2018.

destes diplomas jurídicos resultou a adoção de programas de compliance e setores de auditoria interna em empresas cuja clientela inclui o setor público. Da lei anticorrupção há que se destacar a seus arts. 1º e 5º, que apresentam condutas as quais vão além da descrição de tipos penais similares ao delito de corrupção, estabelecendo interface entre diferentes ramos como a já citada entre direito penal e administrativo, considerando e realçando a importância de gestão voltada para sustentabilidade jurídica e sistêmica, como se vê ao reproduzi-los:

1 - Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.

Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos: I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada; 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; IV - no tocante a licitações e contratos: a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos

instrumentos contratuais; ou g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública; V - dificultar atividade de investigação ou 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. § 1º Considera-se administração pública estrangeira os órgãos e entidades estatais ou representações diplomáticas de país estrangeiro, de qualquer nível ou esfera de governo, bem como as pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro. § 2º Para os efeitos desta Lei, equiparam-se à administração pública estrangeira as organizações públicas internacionais. § 3º Considera-se agente público estrangeiro, para os fins desta Lei, quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerça cargo, emprego ou função pública em órgãos, entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro, assim como em pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais³⁹.

Coibindo o parceiro na atividade pública, estar-se-ia criando um mecanismo de controle de conduta.

Dentro do aparato estatal, há que se trazer à colação a Lei de Conflito de Interesses - Lei nº 12.813/2013. Seu teor define as situações que configuram os tipos de conflitos, os ocupantes de cargos que tenham acesso às informações, requisitos e restrições privilegiadas, os impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego, bem como as competências para a fiscalização, avaliação e prevenção desses conflitos, durante e após o exercício de cargo ou emprego no Poder Executivo Federal.

Vale reproduzir o artigo 2º deste diploma legal, evitando a mesquinhez do que alguns podem considerar como “pouca divulgação” e, generosamente contribuindo para marcar a memória de cada cidadão (novamente adjetivos inspirados em Tobias Barreto).

Art. 2º Submetem-se ao regime desta Lei os ocupantes dos seguintes cargos e emprego:

I - de ministro de Estado;

II - de natureza especial ou equivalentes;

III - de presidente, vice-presidente e diretor, ou equivalentes, de autarquias, fundações públicas, empresas públicas ou sociedades de economia mista; e

IV - do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores -

39. BRASIL. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 11 de out. 2018.

DAS, níveis 6 e 5 ou equivalentes.

Parágrafo único. Além dos agentes públicos mencionados nos incisos I a IV, sujeitam-se ao disposto nesta Lei os ocupantes de cargos ou empregos cujo exercício proporcione acesso à informação privilegiada capaz de trazer vantagem econômica ou financeira para o agente público ou para terceiro, conforme definido em regulamento.⁴⁰

Os diplomas legais citados (e são apenas alguns exemplificativos), embasam fortemente o fato de que é imprescindível dar nova direção para a forma de gerir a esfera pública, com adoção de ética firme e sólida, comprometida com a sociedade. Já é (ou deveria ser) público e notório que isso não se restringe a criar novos mecanismos legais ou a fortalecer o direito administrativo sancionatório. Há que disseminar a cultura dos valores junto aos agentes públicos regidos pelos princípios constitucionais, em especial, neste contexto, pelo da **moralidade** em todas as ações, esferas e instâncias e pelo da **eficiência** que está longe de tão somente criar mecanismos de controle de efetivação do que está na lei. Nas palavras de Braga e Granado:

Apenas adotar uma cultura *Compliance*, com o intuito de criação de controles do cumprimento legal, não nos parece ser suficiente para elevar o grau de eficiência da ação do Estado, ao revés, com o risco de se adotar unicamente esses mecanismos para a atuação pública redundar em sérias dificuldades do Estado em sua função pública, sendo bem vinda essa discussão de aderência, de conformidade, que sempre existiu no setor público, mas que ela seja associada a se garantir a eficiência do Estado, agregando conceito pouco vulgarizado em nosso país, que é a *Accountability* ou prestação de contas.⁴¹

Os autores vão além e afirmam:

Há de se deixar claro que não se pode conceber a cultura *Compliance* como unicamente a adoção de mais exigências normativas para a prática de um ato. A cultura *Compliance* vai muito além, e agrega uma série de valores éticos e princípios morais, que tem por objetivo não apenas facilitar o cumprimento da Lei, mas sim, a busca de fomentar valores nos agentes públicos. Mas se isso não for orquestrado dentro da ideia dos resultados da Política Pública, pode-se ter uma ação ensimesmada, da norma pela norma.⁴²

40. Idem.

41. BRAGA, Marcus Vinicius de Azevedo; GRANADO, Gustavo Adolfo Rocha *Compliance no setor público: necessário mas suficiente?*. Disponível em: <<http://www.esafi.com.br/financas-publicas/compliance-no-setor-publico-necessario-mas-suficiente/>>. Acesso em: 30 out. 2018.

42. Idem

Na busca de soluções para a eficiência da cultura de *compliance* no setor público, há quem sugira um canal de denúncias conforme defende Lídice, ao perceber nesta ferramenta um potencial expressivo para melhoria do sistema:

Como o Programa de *Compliance*, tem um papel fundamental, eliminando e corrigindo posturas antiéticas, em um esforço conjunto entre gestores, equipe, áreas envolvidas e terceiros, com foco no incentivo, fortalecimento e implementação da cultura ética nas organizações, na detecção de comportamentos antiéticos, fraudadores e detentores de informações, promovendo ações de melhores práticas, buscando uma gestão mais horizontal, com atuação imparcial, cuja ação terá sua eficácia, independentemente de nível hierárquico, mitigando potenciais conflitos nas empresas e instituições, um canal de denúncias poderia ser um grande aliado para gestão de risco organizacional.⁴³

A observação da autora deriva da lei nº 7753/17, a qual torna obrigatória a presença de mecanismo de integridade efetivo para empresas que celebram contratos com a administração pública no Rio de Janeiro e Lídice lança a questão alvissareira:

O canal de denúncia configura-se em valiosa ferramenta, pois, ao menor sinal de desvio, a instituição terá a informação em mão, para apurar e, se confirmada a suspeita, remediar imediatamente. Vocês já imaginaram se todos os fornecedores de uma empresa construísem seus sistemas baseados nessas premissas? A contratante teria um conforto nunca antes observado, visto que, dificilmente, seria surpreendida por ilicitudes na sua cadeia de suprimentos. Portanto, o fantasma da Responsabilização Objetiva da Lei 12846/13 teria seus riscos muito mitigados.⁴⁴

Assi discorda do canal de denúncias, salvo se ele efetivamente for analisado⁴⁵. Ele alerta para o perigo de “fazer por fazer”, a exemplo do que ocorreu no século passado com as famosas e frequentemente inoperantes “caixinhas de sugestões”. Para o autor, tanto o Canal, quanto detalhes como autodeclaração, verificação de integridade, auditorias feitas por consultores especializados, adoção de ISO específica, vários aspectos a serem considerados, todos devem seguir o

PDCA (Plan, Do, Check, Act), ferramenta de qualidade

43. LÍDICE, Roberta. *Canal de denúncias: business intelligence compliance para consolidar o comportamento ético nas organizações*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/59969/canal-de-denuncias-business-intelligence-compliance-para-consolidar-o-comportamento-etico-nas-organizacoes>>. Acesso em: 12 de out. 2108.

44. Idem

45. ASSI, Marcos, *Compliance, como implementar* São Paulo: Editora Jurídicos Trevisan, 2018, p. 61.

utilizada no controle de processos que tem como foco a solução de problemas. A sua aplicação consiste em quatro fases descritas a seguir: P (plan, planejar). Selecionar o processo ou a atividade que realmente necessita de melhoria e elaborar medidas claras e executáveis. D (do, fazer) implementação e divulgação de plano elaborado. C (chck, verificar) análise crítica dos resultados obtidos com a execução do plano e se devemos reavaliá-lo (quase sempre sim) pois entre teoria e prática existe um vale. A (act, agir) Após alguns pequenos ajustes, o novo processo deverá ser documentado e transformado em novo padrão operacional⁴⁶.

Há que se concordar com o autor: trata-se de caminho que serve para a gestão pública, tanto quanto tem sido útil para as empresas privadas. Pode ser, inclusive, um balizador para aprimoramento de diplomas legais que proliferam, porém nem todos se materializam e, por vezes, pequena readequação poderia inseri-los no sistema gerando maior eficiência na gestão pública.

Teorias bem engendradas, entretanto, fazem a travessia para a prática, em especial na área pública, um processo de ritmo lento. Conforme Assi, “na atualidade, o profissional de *compliance* passa boa parte do tempo apagando incêndios. [...] Deveríamos ter uma função muito mais preventiva e estratégica nas organizações”⁴⁷.

Sob a alegação de muitos de que esta ferramenta de governança como um todo, passando por gerenciamento de riscos, políticas contingenciais, controles efetivos em todos os níveis, canal de denúncias formal, é um investimento vultoso, Assi pergunta objetivamente: “se estar, no momento atual, custa caro, imagine não estar?”⁴⁸.

Braga e Gramado, longe de pregarem o controle pelo controle tão somente, sugerem que a prestação de contas é fundamental para demonstrar eficiência, eficácia e efetividade. Segundo os citados autores, a partir da introjeção desta cultura de prestar contas, a economia se desenvolverá e o cidadão será diretamente beneficiado. É de ambos a feliz conclusão: Compliance é o alicerce, a busca da probidade essencial ao setor público, mas é preciso trazer a dimensão da realidade, dos resultados, para que essa gestão realmente reverta benefícios para aquela coletividade⁴⁹.

46. Idem

47. ASSI, Marcos, *Compliance, como implementar*. São Paulo Editora Jurídicos Trevisan, 2018, p. 48.

48. Idem.

49. BRAGA, Marcus Vinicius de Azevedo; GRANADO, Gustavo Adolfo Rocha. *Compliance no setor público: necessário mas suficiente?*. Disponível em: <<http://www.esafi.com.br/financas-publicas/compliance-no-setor-publico-necessario-mas-suficiente/>>. Acesso em: 12 de out.

Neste ‘teorema’ jurídico encerra-se a exposição com a expressão adaptada das ciências exatas calcadas na lógica matemática: Como esperasse ter demonstrado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em um mundo ideal, gerir a *res pública* significaria trabalhar em prol da nação em qualquer função, balizaria o comportamento de todos os agentes públicos, que aceitariam o cargo como uma honraria centrada no verbo servir.

A boa governança existiria naturalmente, tanto na área pública, quanto na iniciativa privada. Mas não estamos em um mundo utópico. A realidade do século XXI impõe a existência de regras de *compliance*, da mesma forma que faz vigiar regras de etiqueta básica (a pequena ética), no intuito de forçar comportamento mais civilizado no cotidiano, respeitando preceitos de bom convívio nas atividades diárias e nas funções profissionais desempenhadas. O ser humano erra muito. E o faz desde sempre, o que torna atual as palavras de Tobias Barreto, proferidas em 1800, que abrem este artigo e permeiam seu conteúdo, sendo citadas, parafraseadas e lembradas em muitas das páginas aqui dedicadas à improbidade, moralidade, eficiência e sua prevenção/proteção via adoção de regras de *compliance*.

Se fosse o mundo ideal, com o ser humano eticamente perfeito, seriam desnecessárias legislações infraconstitucionais, bastariam os princípios, que existiriam de *per si*, com tal força que sequer se ventilaria a possibilidade de integrá-los à Carta Magna e não se envidaria nenhum esforço para conceituá-los, o que tornaria inócuo acompanhar sua evolução e materialização ao longo da história. Eles, os princípios, não seriam violados e, em consequência, as normas que abrigam também não, em equação perfeita e equilibrada. Mas não é assim.

Na exata contramão do ideal, o ordenamento jurídico brasileiro traz uma gama imensa de instrumentos processuais e extraprocessuais a serem aplicados pelas instituições com vistas a colocar em plena prática a moralidade administrativa, manifesta em prevenção a atos de improbidade. São muitos os diplomas legais, “generosa teoria”, pois na prática ainda se está nos primeiros ensaios no que se refere a prevenir. Ah, sábio Tobias Barreto!

O dito popular nacional jocoso de que “leis são como vacinas: umas pegam outras não” demonstra que, embora haja muitos instrumentos legais

disponíveis, ainda permanece a sensação de precariedade. É imperioso que se pense em formas eficientes de aprimorar esse sistema de valorização da probidade, identificando atos contrários, banindo-os exemplarmente, com real efetividade e quiçá possa chegar-se ao dia em que bastará ferir um princípio, já que todos concordamos que eles albergam muitas regras, para incorrer em erro passível de penalidade.

Tal aprimoramento passa pela necessidade de se conferir sistematicidade à legislação que tangencia o tema, além do fortalecimento dos órgãos que atuam no combate à corrupção e, ainda, pela concatenação da atuação desses órgãos, monitorados por regras de *compliance* – sejam elas autodeclaração, verificação de integridade, auditorias feitas por consultores especializados, adoção de ISO específica, canal de denúncia, guias integralmente voltados para a área pública, podendo seguir o premiado molde do elaborado pelo CADE voltado para *compliance* concorrencial.

Há um longo caminho a ser pavimentado pela conjugação do verbo administrar complementado pela expressão latina '*res pública*'. É medida que se impõe a concentração de todos os esforços em torno de atividades que unam princípios constitucionais, conferindo-lhes o condão de se tornarem eficazes e efetivos, com eficiência, dentro dos padrões da moralidade e trilhando as diretrizes de uma nascente cultura de *compliance*. C.q.d. Como queríamos demonstrar, em franca analogia aos teoremas das ciências exatas.

REFERÊNCIAS

AMATO, Pedro. Introdução à administração pública. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1991.

ASSI, Marcos. Compliance, como implementar. São Paulo: Jurídicos Trevisan, 2018.

ÁVILA, Humberto. Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade Administrativa. Belo Horizonte. Revista Brasileira de Direito Público, ano 1, n. 1, abr./jun.2003.p. 105-133.

BRAGA, Marcus Vinicius de Azevedo; GRANADO, Gustavo Adolfo Rocha. Compliance no setor público: necessário mas suficiente?. Disponível em: <<http://www.esafi.com.br/financas-publicas/compliance-no-setor-publico-necessario-mas-suficiente/>>. Acesso em: 30 out. 2018.

BRASIL. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 11 de out. 2018.

_____. Guia programas de compliance, orientações sobre estruturação e benefícios da adoção dos programas de compliance concorrencial. Jan. 2016 Gabinete da Presidência do CADE. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 10 de out. 2018.

_____. STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar>>. Acesso em: 30 set. 2018.

_____. STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/>>. Acesso em: 30 set. 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 31. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. Disponível em: <<https://www.saraiva.com.br/direito-administrativo-30-ed-2017-9416522.html>>. Acesso em: 30 de set. 2018.

EALINA, Jenifer. Henri Fayol: pai da Teoria Clássica da Administração. Disponível em: <<https://www.portal-gestao.com>>. Acesso em: 30 de set. 2018.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson de Abreu. Processo Administrativo. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência Administrativa na constituição Federal. Revista de Direito Constitucional e Internacional, n. 35. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 2001.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. O princípio Constitucional da moralidade administrativa. 2. ed. Curitiba: Gênese, 1993.

FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GAUS, Dimock e White. Fronteiras da administração pública. RSF: Rio de Janeiro, dez, 1951.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1998 (interpretação e crítica). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

LÍDICE, Roberta. Canal de denúncias: business intelligence compliance para consolidar o comportamento ético nas organizações. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/59969/canal-de-denuncias-business-intelligence-compliance-para-consolidar-o-comportamento-etico-nas-organizacoes>>. Acesso em: 12 de out. 2108.

MARÇAL, Thaís Boia; PREREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Evolução legislativa incentivada compliance na administração pública. Publicado em 13 de março de 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI275977,31047->>. Acesso em: 11 de out. 2018.

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. Salvador: Juspodivm, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2018. _____ . Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/331821693/Direito-Administrativo-Brasileiro-Hely-Lopes-Meirelles-2016>>. Acesso em: 30 de set. 2018.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2005.

MOREIRA, Egon Bockmann. In: SUNDFELD, Carlos Ari. As leis de processo administrativo: lei federal 9784/99 e lei paulista 10.177/98. São Paulo: Malheiros, 2000a, p. 320-341.

MUKAI, Toshio. Da aplicabilidade do princípio da moralidade administrativa e do seu controle jurisdicional. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 4, p. 211-215, jul./set. 1993.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru, Pinheiro, Flavia Campos de. Lazari, Rafael de. Manual de hermenêutica jurídica. Belo Horizonte, DPlácido 2018.

NUNES, Rizzato. Manual de introdução ao estudo do direito. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

QUEIRO, Afonso Rodrigues. Os limites do poder discricionário das autoridades administrativas. Disponível em: <<:///C:/Users/Downloads/32546-60495-1-PB.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2018.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TREMEL, Rosangela. Contratos de gestão e o princípio constitucional da eficiência. Dissertação de Mestrado da UDESC. Florianópolis, 2001.

CAPÍTULO 41

O FUNCIONAMENTO DOS SISTEMAS ELEITORAIS NOS PAÍSES OCIDENTAIS: UMA VISÃO GLOBAL PARA O FUTURO

RUI MIGUEL ZEFERINO FERREIRA

Professor-Adjunto no Instituto Superior de Entre Douro e Vouga (ISVOUGA). Assistente Convidado no Instituto Politécnico de Bragança (IPB). Investigador da Universidade de Santiago de Compostela (USC), Espanha. Juiz-Árbitro no Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD). Advogado.

INTRODUÇÃO

É hoje um lugar comum afirmar-se que a democracia está em crise, a qual vem sendo inserida dentro da nova realidade do Estado pós-moderno, em que um dos seus pilares atravessa uma degradação preocupante. Esse pilar é resultado da interação que a democracia exige que exista entre os eleitores - cidadãos comuns - e os seus representantes políticos, os quais no seu conjunto fundamentam a existência de uma democracia representativa, a qual não sendo um modelo ótimo, apresenta-se como o único que permite a substituição pacífica dos respetivos representantes¹.

Por isso, os sistemas eleitorais apresentam-se como um elemento fundamental para corporizar a possibilidade dos eleitores escolherem os seus representantes, o que tem subjacente a existência de uma forma de manifestação de preferências. Contudo, na atualidade é cada vez

1. Neste sentido, veja-se HAYEK, Friedrich. *Derecho, Legislacion y Libertad* (vol. III). [s. l.]: Union Editorial, S.A, 1982. Por seu lado, Schumpeter vê a democracia como “arranjo institucional para se chegar a decisões políticas no qual os indivíduos adquirem o poder para decidir através de uma luta competitiva pelo voto popular” – SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalism, Socialism and Democracy*. Londres: George Allen & Unwin Ltd., 1942, p. 269.

mais evidente, por um lado, o distanciamento dos cidadãos e eleitores da participação política e da participação em atos eleitorais e, por outro lado, o crescimento de um sentimento de inexistência de verdadeira representatividade. Este fenómeno é consequência do modo como se apresenta estruturado o sistema eleitoral, pretendendo-se neste capítulo observar com particular cuidado os sistemas eleitorais do mundo ocidental e, em especial, nos países europeus, em que se vem acentuando nas últimas décadas a diminuição da participação eleitoral, a qual atinge em alguns casos níveis de participação inferiores a metade do universo eleitoral. Este cenário tem conduzido à degradação do funcionamento da democracia.

O motivo pelo qual tal ocorre pode ter variadas razões, mas a forma como os sistemas eleitorais estão estruturados poderá estar no âmago das causas que promovem distorções no sistema democrático pós-moderno, uma vez que enquanto elemento de tradução das preferências dos eleitores (cidadãos), os representantes eleitos poderão não ser o resultado imediato dessa opção, porque na maioria dos sistemas eleitorais não se permite que os eleitores manifestem as suas preferências por cada político em concreto, uma vez que a escolha ocorre entre partidos políticos, com listas fechadas, perdendo-se a pessoalização da eleição². Portanto, a escolha na maioria dos sistemas eleitorais dá-se entre distintos partidos políticos, o que conduz a fenómenos em que os eleitores desconhecem os seus representantes. Esta realidade ocorre em vários casos devido ao facto dos representantes eleitos pelo partido vencedor das eleições passarem a exercer cargos no governo, sendo substituídos por representantes desconhecidos e que não seriam a primeira opção do eleitor.

Os partidos políticos têm um papel especialmente relevante nos sistemas eleitorais de listas fechadas proporcionais, como sucede no sistema eleitoral português, enquanto noutros sistemas eleitorais a sua importância será mais relativizada. Quanto a estes segundos modelos encontramos os sistemas eleitorais semi-abertos, que permitem que os eleitores possam alterar a ordem das listas apresentadas pelos partidos políticos, por via da designada votação preferencial dentro do partido ou entre distintos partidos. Como afirma Henk van der Kolk, estes modelos são “*muitas vezes considerados*

2. Este modo de funcionamento coloca em causa a qualidade dos atores políticos – governantes e parlamentares –, ao contrário daquilo que Sir Ivor Jennings afirmou: “A nação exige a devoção ao serviço de seus membros mais capazes à sua própria causa. A tarefa de governar é muito difícil para ser empreendida pelos fracos ou ignorantes. Os Estados democráticos têm de contar com os esforços dos mais inteligentes, dos mais sagazes e dos mais altruístas de cada geração” – JENNINGS, Ivor. *A Constituição Britânica* (The British Constitution), tradução de Carlos A. Lamback. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, UnB, 1981, p. 54.

*mais democráticos do que os sistemas de listas fechadas e do que os sistemas com círculos uninominais, porque os eleitores têm um número consideravelmente maior de opções*³.

Tal entendimento resulta da circunstância do alargamento das possibilidades de composição dos órgãos, que em teoria aumenta o interesse e a participação política dos cidadãos, essencial para a salvaguarda e desenvolvimento da democracia participativa. Portanto, tendo em consideração que o presente capítulo está inserido numa obra coletiva brasileira, país cujo sistema político-eleitoral enfrenta uma grave crise, e que sobre ele se colocam novos desafios, tanto pelo afastamento dos eleitores e o surgimento de novos intervenientes políticos como pela proliferação de partidos políticos e conseqüente fragmentação da câmara dos deputados, pretende-se analisar de uma forma global os distintos sistemas eleitorais, em especial aqueles que vigoram nos países europeus, os quais poderão servir de inspiração à reforma do sistema eleitoral brasileiro.

A primeira consideração preliminar e introdutória que cabe referenciar é que em muitos Estados o modelo eleitoral de eleições nacionais é distinto daquele que é utilizado em eleições regionais ou municipais. Efetivamente, os sistemas eleitorais locais são muitas vezes utilizados pelos legisladores nacionais para introduzir possíveis modificações nos sistemas eleitorais nacionais. Nesse sentido, tendo em conta que o momento eleitoral é por excelência aquele em que os eleitores manifestam as suas preferências, tanto por pessoas - políticos que os representaram durante um determinado período temporal - como por políticas - as medidas constantes dos programas de governo -, importa perceber como os distintos modelos o permitem e o promovem a nível local e nacional.

Em segundo lugar, pretende-se perceber quais as conseqüências dos distintos sistemas eleitorais na democracia representativa, nomeadamente, ao nível da intervenção e da participação política, os quais constituem elementos fulcrais para analisar a vitalidade das democracias, bem como o nível do sentimento de representatividade. Na realidade, é possível encontrar diferentes soluções para concretos objetivos, os quais nem sempre são facilmente conciliáveis, mas que podem resultar em distintos tipos de sufrágio, de estruturação dos círculos eleitorais e da forma de transformação dos votos em mandatos. Da sua articulação resultarão os comportamentos dos cidadãos eleitores, pelo facto de gerarem nestes determinados efeitos psicológicos, que condicionam as suas opções eleitorais⁴.

3. KOLK, Henk van der. "Os Sistemas Eleitorais Locais na Europa ocidental", in *Análise Social*, vol. LX (177). Lisboa: Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, 2005, 847-864.

4. Neste sentido, veja-se: DUVERGER, Maurice. *The Political Consequences of Electoral Laws*. New Haven: Yale University Press, 1969.

Contudo, importará perceber que existe uma impossibilidade prática de replicar em países como o Brasil soluções que foram introduzidas com sucesso nos Estados europeus, uma vez que o sucesso dos sistemas eleitorais está dependente da adequação da estruturação do modelo eleitoral ao contexto histórico, social, político e cultural, o qual é diferente de país para país. Tal circunstância implica a adoção de soluções específicas a cada realidade, ainda que possam ter por base teórica modelos existentes em outros países. Por isso, a mera e simplista replicação de um modelo pode ter efeitos substancialmente diferentes⁵. A título meramente exemplificativo veja-se que a opção brasileira em copiar em muitos aspetos o modelo de democracia norte-americana é desajustado e com efeitos contraproducentes. Por essa razão, como melhor se desenvolverá, dever-se-á procurar soluções intermédias, tendo sempre presente que estes modelos apresentam objetivos contraditórios entre si, dos quais resultarão para um mundo imperfeito modelos que não serão ótimos, mas somente os possíveis.

1 O CONCEITO DE SISTEMA ELEITORAL E OS SEUS PROBLEMAS

Em democracia o sistema eleitoral é fulcral para o funcionamento da ideia de representatividade, pelo que nas palavras de Henk van der Kolk, do sistema eleitoral resultam “*os tipos de informação que os eleitores são autorizados a transmitir numa eleição (o seu «voto») e a forma como essa informação se traduz numa atribuição de lugares político*”⁶. Esta é sempre uma estruturação complexa de regras, especialmente quando o modelo varia consoante se tratam de eleições nacionais, regionais ou municipais, o que pode dar origem a distintas classificações.

O sistema eleitoral é assim o resultado de um conjunto de regras, devidamente articuladas entre si, que garantem a existência de uma lógica e coerência quanto ao funcionamento da democracia do ponto de vista da sua estruturação eleitoral⁷. Isto é, corresponde ao conjunto de regras que condiciona o modo como funcionam as eleições de um dado país, as quais podem sofrer influências de cariz político, económico, social e cultural. Porém, como alerta Jorge Miranda, será a “*forma de expressão da vontade eleitoral, o modo como a vontade dos eleitores de escolher este ou aquele candidato,*

5. Neste sentido, veja-se: NOHLEN, D. *Os Sistemas Eleitorais: O contexto faz a diferença*. Lisboa: Livros Horizonte, 2007.

6. KOLK, Henk van der. “*Os Sistemas Eleitorais Locais na Europa ocidental*”, in *Análise Social*, vol. LX (177). Lisboa: Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, 2005, 847-864.

7. Neste sentido, veja-se: MIRANDA, Jorge. *Estudos de Direito Eleitoral*. Lisboa: Lex – Edições Jurídicas, 1995, p. 135-136.

*esta ou aquela lista, o modo como a vontade de cada eleitor ou do conjunto de eleitores é interpretada ou transformada na vontade eleitoral*⁸.

Assim sendo, numa primeira aproximação mais ampla encontramos as regras referentes à capacidade para tomar parte do ato eleitoral, tanto do lado passivo como do lado ativo, bem como as regras atinentes ao recenseamento eleitoral, ao processo de votação e ao apuramento eleitoral. Por seu lado, numa vertente mais restrita encontramos as questões atinentes ao colégio eleitoral, ao regime de candidaturas e aos critérios de eleição.

A questão dos sistemas eleitorais vem colocando-se acima de tudo a propósito das eleições dos representantes do povo. O problema lavanta-se a propósito daqueles que representam os cidadãos nos parlamentos nacionais, no sentido de se tentar perceber se a designada *vontade eleitoral* será verdadeiramente a da maioria dos cidadãos, quando existe uma grande maioria que não se pronuncia eleitoralmente e, bem assim, se a composição final dos parlamentos nacionais é resultado dessa *vontade eleitoral*. Tal como o sistema eleitoral está estruturado, de acordo com uma certa matematicidade eleitoral, impõe-se questionar se devem os deputados ser eleitos por um colégio nacional (único) ou por uma pluralidade de colégios, associados à existência de vários círculos eleitorais. A este problema está normalmente associado outro, quando se opte pela existência de vários círculos eleitorais, que resulta de saber se por cada círculo eleitoral deve ser eleito um único candidato ou vários, ou seja, se devem ser os círculos uninominais como sucede no modelo britânico ou plurinominais como sucede no modelo português. Além disso, coloca-se o problema de saber se o eleitor deve estar limitado a votar em listas de partidos políticos ou, se pelo contrário, deve votar apenas em candidatos unipessoais, bem como, se tais listas devem ser bloqueadas ou se deve ser admissível que o eleitor estabeleça as suas preferências.

Por fim, coloca-se ainda o problema de saber se a maioria deve obter a totalidade dos mandatos ou deve ficar salvaguardada a representação de minorias eleitorais, ou ainda, se o sistema eleitoral deve garantir a cada partido a representatividade na proporção dos votos alcançados⁹. Daqui resulta o

8. *Ibidem*, p. 136.

9. Existem ainda outros problemas como sejam os resultantes da equidade das campanhas eleitorais, decorrente dos recursos financeiros que cada candidato e partido político tem à sua disposição para gastar, bem como a quantidade e as formas de acesso à propaganda televisiva, visto que quanto maior forem os recursos financeiros e a facilidade de acesso aos meios de comunicação social, mais facilmente serão geradas situações de desigualdade eleitoral, as quais conduzem a distorções eleitorais. Este problema foi por exemplo detetado com o patrocínio pela Rede Globo ao candidato brasileiro Fernando Collor de Mello, nas eleições de 1989, ou no facto de nas últimas eleições brasileiras os candidatos mais votados terem beneficiado do apoio, direto ou indireto, da Rede Globo e da Rede Record. O mesmo problema já foi

problema central do abstancionismo do sistema político democrático, uma vez que sendo as eleições um pilar fulcral da manifestação de preferências e de opções por representantes e governantes, a auto-exclusão dos cidadãos eleitores conduz a resultados pouco representativos da maioria e desfasados das preferências e pretensões dos cidadãos.

2 A CLASSIFICAÇÃO DOS SISTEMAS ELEITORIAIS

As classificações dos sistemas eleitorais têm em consideração três vertentes, ou seja, o esquema eleitoral, a estrutura dos círculos eleitorais e a estrutura do escrutínio eleitoral¹⁰. No primeiro observar-se-á se o modelo adota o esquema de maioria relativa ou de maioria absoluta, em que poderemos ter um sistema de duas voltas para que se forme a referida maioria absoluta ou o voto alternativo, ou se adota um sistema proporcional. Esta é a principal classificação utilizada, em que se olha para a forma como o resultado eleitoral forma a composição dos órgãos representativos. Neste contexto, os dois grandes modelos são, por um lado, os referidos sistemas maioritários, que podem apresentar distintos submodelos e, por outro, os sistemas proporcionais, que podem ser de listas abertas ou fechadas. Alguns destes sistemas apresentam ainda algo que se poderia denominar de majoração ou bônus de lugares para os partidos políticos que obtenham maior votação.

Na segunda classificação há que distinguir os sistemas eleitorais uninominais, plurinominais e de um círculo eleitoral. Neste caso observar-se-á a forma como os círculos eleitorais estão estruturados no sistema político, sendo que na grande parte dos sistemas eleitorais o município corresponde a um círculo eleitoral, embora se verifique que em alguns deles existe uma divisão do município em círculos uninominais e plurinominais, bastando observar que o modelo britânico corresponde a um sistema maioritário, com círculos uninominais, enquanto o modelo francês é maioritário, com um círculo plurinomial. Por seu lado, alguns países ou regiões adotam sistemas mistos, como sucede com o sistema eleitoral da região alemã da Renânia do Norte-Vestefália, que combina a opção por círculos uninominais com representação proporcional.

Por último, encontramos a classificação dos sistemas eleitorais que têm como objeto a escolha entre pessoas ou partidos políticos, bem

detetado por exemplo nas eleições italianas que conduziram à eleição de Silvio Berlusconi, pela vantagem que este beneficiou por deter o controlo de grandes redes de comunicação televisiva.

10. Neste sentido, veja-se: RAE, Douglas W. *The Political Consequences of Electoral Laws*. New Haven: Yale University Press, 1969.

como os sistemas que olham para o número de votos ou adotam sistemas de cumulação ou de *panachage*. Isto é, nestas classificações tem-se em consideração as opções dadas ao eleitor, ou seja, se devem ter apenas um voto, se podem votar várias vezes em candidatos diferentes dentro de um mesmo partido político, se podem acumular vários votos num candidato, ou se podem votar em diferentes candidatos de partidos políticos distintos.

De um modo geral, a maioria dos sistemas eleitorais condiciona a eleição à obtenção de uma maioria absoluta, mas em alguns casos basta-se com uma maioria relativa, sendo que na primeira situação a forma habitual de ultrapassar essa dificuldade passa pela realização de um segundo escrutínio com a participação dos candidatos mais votados, do qual é exemplo o sistema brasileiro de eleição do presidente da República¹¹. Um exemplo do sistema eleitoral de maioria relativa é o dos Estados Unidos da América, desde que essa maioria relativa permita garantir a maioria num colégio de denominados “*grandes eleitores*”, os quais são obtidos por referência a cada Estado, e em que o candidato os obtêm na totalidade, mesmo que só obtenha uma maioria relativa na votação desse Estado. No caso do sistema eleitoral norte-americano, se tal maioria não for obtida será incumbência do Congresso fazer essa escolha, de onde poderá resultar a eleição do candidato que tenha obtido menos votos. Daqui resulta uma subversão da vontade popular e da ideia de representação de acordo com as preferências manifestadas pelo voto.

Por seu lado, nos modelos políticos de semi-presidencialismo a opção vai por um sistema eleitoral de duas voltas, como sucede com a eleição do presidente da República Portuguesa, o qual tem origem no modelo da V República Francesa, que lhe garante uma maior legitimidade democrática, embora isso hoje seja contestável por via dos “não votantes” serem por vezes superiores ao número dos eleitores votantes. Neste caso, trata-se ainda assim de uma eleição direta, que aumenta a legitimidade democrática, o mesmo sucedendo com os modelos políticos de governo parlamentar, que para além da eleição direta adotam maioritariamente o sistema eleitoral composto por dois escrutínios (duas voltas) quando no primeiro não seja atingida a maioria absoluta.

11. Por exemplo, outra fórmula era a que existia no Chile até 1970, em que na falta de maioria absoluta a eleição do presidente passava para o Congresso, sendo atualmente exemplo desta fórmula a Bolívia, que permitiu que nas eleições de 1989 fosse eleito o terceiro mais votado popularmente, ou os casos de alguns países da América central ou do sul em que bastam maiorias de 40% ou 45%, como são exemplificativos os casos da Costa Rica, Nicarágua ou Argentina.

2.1 OS SISTEMAS ELEITORAIS MAIORITÁRIOS

Nos sistemas eleitorais maioritários encontram-se os sistemas a uma volta em colégios uninominais, os sistemas a duas voltas em colégios uninominais e os sistemas de representação proporcional.

No primeiro caso encontramos o sistema eleitoral britânico, que está há muito solidificado sob um modelo de sistema eleitoral maioritário, assente num modelo de círculos uninominais de maioria relativa, que possui a grande vantagem de permitir uma efetiva responsabilização dos representantes perante as populações dos círculos pelo qual foram eleitos. Assim sendo, neste modelo existem vários candidatos a concorrer a um único lugar, sendo eleito aquele que obtiver o maior número de votos, independentemente de o conseguir com maioria relativa ou absoluta¹². Porém, sem prejuízo da vantagem da responsabilização democrática¹³ perante os cidadãos da sua circunscrição eleitoral, este modelo pode revelar-se injusto quando seja comparado com o sistema eleitoral proporcional, em face da sua característica de desproporcionalidade. Efetivamente, cada membro da Câmara dos Comuns responde perante os eleitores da sua circunscrição, mas, por outro lado, como a maioria das circunscrições são pequenas e homogêneas, independentemente dos candidatos será tendencialmente sempre o mesmo partido político a ganhar¹⁴.

12. Como refere Jorge Miranda, a existência de um sistema de círculos uninominais implicará sempre que o mesmo é de representação maioritária – *the first-past-the-post system* - MIRANDA, Jorge. op cit. Porém, em alguns municípios britânicos de maior dimensão os círculos eleitorais são binominais ou trinominais, em que haverá mais do que um candidato eleito, sendo eleitos aqueles que tiverem maior votação. Nesses casos, cada eleitor terá dois ou três votos, sem que exista a obrigatoriedade que todos esses votos tenham como destino o mesmo partido político. Por seu lado, o sistema da III e V República Francesa exigia a obtenção de uma maioria absoluta, razão pela qual se tinha de efetuar uma segunda volta quanto tal não ocorresse. Na Austrália é possível encontrar um sistema de voto alternativo ou preferencial.
13. Neste sentido, veja-se: BLAIS, André. *“The debate over electoral systems”*, in International Political Science Review, 12, 1991, pp. 239-260.
14. Neste sentido, veja-se: RALLINGS, Colin; THRASHER, Michael. *Local Elections in Britain*. Londres; Nova Iorque: Routledge, 1997. Por exemplo, a nível municipal o sistema eleitoral francês tem como objetivo atingir resultados desproporcionados, que garantam a existência de uma maioria na assembleia municipal, pelo que nos municípios mais pequenos (até 3500 habitantes), os eleitores votam numa lista, podendo apagar e acrescentar nomes a essa lista, e se uma lista ganhar uma maioria absoluta dos votos e for apoiada por pelo menos 25% dos eleitores recenseados, ganha todos os lugares na assembleia municipal. Por outro, se nenhum partido ganhar uma maioria absoluta, realiza-se uma segunda volta entre os dois partidos que obtiveram mais votos. Isso significa que o sistema é idêntico a um sistema maioritário a duas voltas, no qual todo o município é um círculo eleitoral. Também, a nível municipal, em Espanha os municípios mais pequenos têm de facto um sistema de maioria relativa com círculos plurinominais, no qual os eleitores têm até 4 votos, sendo eleitos os cinco candidatos com o maior número de votos. Neste sentido, vejam-se: NORTON, Alan. *International Handbook of Local and Regional Government – A Comparative Analysis of Advanced Democracies*. Cheltenham, RU: Edward Elga, 1994, p. 171; MARTIN, Pierre. *Les élections municipales en*

Por seu lado, nos sistemas maioritários a duas voltas só será eleito na primeira volta o candidato que obtenha a maioria absoluta dos votos expressos, pelo que na sua falta terá de existir um segundo escrutínio (segunda volta). No que concerne aos sistemas eleitorais de representação proporcional, que podem ter várias variantes, existe em comum a relação de proporcionalidade entre os votos obtidos por um candidato e o número de mandatos atribuídos¹⁵.

2.1.1 OS SISTEMAS ELEITORAIS MAIORITÁRIOS A UMA VOLTA

O sistema eleitoral maioritário a uma volta que apresenta poucas questões relativamente à apresentação de candidaturas, implica o surgimento de várias candidaturas por cada colégio uninominal, o que na prática nem sempre se verifica, em face da dificuldade no surgimento de verdadeiras candidaturas de personalidades independentes. Na realidade, mesmo no bipartidarismo britânico verifica-se que o próprio Partido Trabalhista sente dificuldades em apresentar em todos os círculos eleitorais candidatos. Ora, sendo o círculo uninominal, sem representatividade proporcional, tal conduz a que não exista um incentivo ao surgimento de candidaturas nos círculos em que se sabe à partida ser impossível vencer as eleições. Porém, fora destas particularidades, nos sistemas eleitorais consolidados de bipartidarismo é comum encontrar nos vários círculos eleitorais mais do que duas candidaturas.

O problema pode levantar-se quando o sistema eleitoral não está consolidado ou, quando se introduz pela primeira vez, em que se dará a proliferação de partidos políticos e de candidaturas, que a consolidação tenderá a promover a sua redução, enquanto resultado do comportamento dos eleitores nas eleições seguintes¹⁶.

Estes sistemas eleitorais por regra tendem para a bipolarização, gerando-se um fenómeno em cadeia, em que na falta de candidaturas válidas

France depuis 1945. Paris. La Documentation Française, 2001; ALBA, Carlos; NAVARRO, Carmen. "Twenty-five years of democratic local government in Spain", in Norbert Kersting e Angelika Vetter (ed.), *Reforming Local Government in Europe*, Urban Research International. [s. l.]: Opladen Leske + Budrich, 2003, p. 208.

15. Como dá nota Michele Carducci existem alguns sistemas mistos que conforme os casos acentuam ou mitigam o elemento de proporcionalidade – CARDUCCI, Michele. "*Sistemi Elettorali Misti e Rappresentanza*", in Oreste Massari e Gianfranco Pasquino (coord.), *Rappresentare e Governare*. Bolonha: Il Mulino, 1994, pp. 181-219.
16. Uma exceção a este modo de funcionamento é possível encontrar no maior Estado Federal – a Índia –, em que a consolidação não conduz a uma diminuição de candidatos, o que encontra a sua justificação nas particularidades e disparidades étnicas e culturais.

para destornar o anterior vencedor, o voto nesse partido acabará por se transferir para o partido vencedor, por existir um chamamento do voto para o candidato vencedor. Este fenómeno conduz à bipolarização, que pode ser vista como uma consequência do sistema eleitoral maioritário a uma volta. Segundo Sartori, para que tal suceda é necessário uma estruturação sólida do sistema partidário e, conjuntamente, que a dispersão de votos entre os diversos colégios eleitorais seja limitada¹⁷. Este modelo de bipartidarismo que não se encontra apenas no Reino Unido, mas também está presente no Canadá, na Austrália e na Nova Zelândia, apresenta como vantagens a simplicidade e a eficácia da escolha dos eleitores. Contudo, levanta o problema da sub-representação de outros partidos políticos sólidos, como sucede com os liberais no Reino Unido. Outra desvantagem pode resultar da circunstância do partido político com mais votos poder ficar com menos lugares no parlamento, como ocorreu nas eleições do Reino Unido de 1974. Também é possível que ocorra a eleição de primeiros-ministros com votações na ordem dos 40%, como sucedeu no mesmo país nas eleições de Margaret Thatcher de 1979, 1983 e 1987¹⁸.

Este sistema acaba por ser visto de forma favorável pelos grandes partidos, ou seja, por aqueles que à partida poderão almejar atingir maiorias absolutas, mas será visto de forma crítica pelos pequenos partidos. É notório este posicionamento na realidade portuguesa, em que os círculos uninominais são objeto de defesa pelos dois partidos do arco da governabilidade (Partido Socialista e Partido Social Democrata) e criticado pelos partidos de pequena e média dimensão que têm representação parlamentar (Partido Popular, Bloco de Esquerda, Partido Comunista Português, Partido Ecologista Verdes e Partido Passos Animais Natureza), por perderem lugares¹⁹.

17. Neste sentido, veja-se: SARTORI, Giovanni. *Elementi di Teoria Politica*. Bolonha: Il Mulino, 1990, pp. 256-258.

18. Para Oreste Massari este é um efeito pretendido pelo sistema eleitoral, de criar maiorias parlamentares e de governo com base num único partido, de forma a garantir a estabilidade governativa em desfavor da representatividade – MASSARI, Oreste “*Gran Bretagna: Un Sistema Funzionale al Governo di Partito Responsabile*”, in Oreste Massari e Gianfranco Pasquino (coord.), *Rappresentare e Governare*. Bolonha: Il Mulino, 1994, pp. 25-53.

19. O sistema australiano tem a particularidade do “*voto alternativo*”, que consiste num modelo misto, que implica que o candidato vencedor obtenha a maioria absoluta dos votos expressos, devendo o eleitor indicar por preferência todos os candidatos do seu círculo eleitoral, pelo que sendo um sistema eleitoral maioritário tem em consideração as preferências dos eleitores.

2.1.2 OS SISTEMAS ELEITORAIS MAIORITÁRIOS A DUAS VOLTAS

Este segundo conjunto de sistemas eleitorais é também designado por *majority*, devido ao facto da segunda volta ser acessória, uma vez que sendo obtida maioria absoluta pelo candidato na primeira volta não existirá o segundo escrutínio. Apenas quando não seja atingida essa maioria é que terá de decorrer uma segunda volta, com os mais votados, que não é em todos os sistemas eleitorais apenas os dois mais votados. É, pois, esta a questão do número de candidatos que vão à segunda volta que levanta mais problemas, desde logo porque não sendo apenas os dois candidatos mais votados poderá existir um candidato eleito por maioria simples.

O segundo escrutínio em alguns sistemas eleitorais é aberto²⁰, enquanto noutros é fechado²¹. O modelo mais simples de escrutínio aberto é aquele de admite a participação de todos os candidatos da primeira volta ou, inclusive, de novos candidatos. Neste modelo volta a ser suficiente a existência de uma maioria simples para que se chegue a um candidato vencedor, razão pela qual é apelidado de *plurality*. Embora exista uma aparente semelhança com o sistema eleitoral referido no ponto anterior, a segunda volta garante ao eleitor a oportunidade de reavaliar o seu voto do ponto de vista estratégico, o que aumenta a sua própria responsabilidade enquanto eleitor. Por outro lado, existindo uma segunda volta, tendo em conta o resultado da primeira volta, alguns candidatos poderão optar por renunciar e manifestar o seu apoio a outros candidatos que entenam estar em melhor posição para vencer as eleições, criando-se potenciais alianças e acordos de renúncia da parte contrária em outros círculos eleitorais. Assim

20. Em países como a Holanda, a Suécia e a Finlândia são utilizados sistemas simples de listas abertas ou semiabertas, em que os eleitores têm à sua disposição um voto, podendo votar num candidato de uma lista, sendo que em alguns casos os eleitores podem votar na lista completa, aceitando assim de forma implícita a ordenação da lista. O número de lugares é determinado pelo número de votos, mas ao contrário das listas fechadas não cabe ao partido político ser o único a determinar qual o candidato que irá ocupar o lugar. A diferença deste sistema está no facto do candidato individual conseguir ou não modificar a ordem das listas apresentadas pelos partidos políticos, o que nos sistemas referenciados está dependente de conseguirem atingir um limiar individual (Suécia e Holanda). No caso da Dinamarca o candidato que ganhe o maior número de votos obtém o lugar, independentemente da vontade do partido político. Existem ainda os sistemas mais complexos da Bélgica, da Alemanha (na maior parte deste país), nos maiores municípios do Luxemburgo e na Noruega, em que os eleitores podem utilizar mais do que um voto, podendo votar numa das listas ou distribuir os votos pelos candidatos individuais de diferentes listas, com possibilidade de acumulação de votos no mesmo candidato. Aqui a ordem da lista tem um papel marginal, uma vez que o que conta é o número de votos, só tendo influência em caso de empate, em que o eleito será o primeiro que conste da lista.

21. Os sistemas mais simples são os de listas fechadas, como sucede no sistema eleitoral português e nos municípios de maior dimensão de Espanha – ALBA, Carlos; NAVARRO, Carmen, op. cit.

sendo, a segunda volta não é inútil e apresenta as suas vantagens, apesar de não ser garantido que dela venha a resultar a obtenção de uma maioria absoluta²².

Em sentido contrário encontramos os sistemas eleitorais fechados, cujo modelo mais simples pressupõe que na segunda volta acederão apenas os candidatos mais votados. Este é o sistema normalmente utilizado para a eleição dos chefes de Estado, como sucede na eleição dos presidentes da República de Portugal e do Brasil. Quando este modelo é utilizado nas eleições parlamentares exige da parte dos partidos políticos a abertura à celebração de alianças e acordos políticos com terceiros partidos, excluídos da segunda volta, com vista a garantir a sua eleição. Este modelo apresenta a vantagem de impedir a fragmentação partidária do sistema a uma volta, problema que é sintomático no Brasil, decorrente da multiplicidade de partidos existente na Câmara dos Deputados, mas encerra uma desvantagem para os partidos que não conseguem fazer alianças e acordos, que serão penalizados, uns marginalizados e outros isolados. Na realidade, a existência de alianças e acordos políticos pode subverter o posicionamento político-ideológico do partido dominante, com o potencial efeito de perda de votos no eleitorado tradicional. Esta circunstância pode levar à preferência pelo isolamento, enquanto os partidos políticos marginalizados serão sobretudo aqueles que se colocam nos extremos político-ideológicos. Por seu lado, os grandes beneficiários deste modelo acabam por ser os pequenos partidos do centro político, isto é, aqueles que não estão nos extremos, que conseguem formar acordos e alianças, conseguindo, por um lado, que os seus candidatos atinjam lugares de governação e, por outro, condicionam a orientação política e estratégica do partido mais votado.

Este modelo apresenta vantagens para as eleições de cargos unipessoais, exatamente porque permitindo a existência de uma maioria absoluta garante ao vencedor uma maior legitimidade política, caso não a obtivesse. Porém, quando aplicável a eleições parlamentares torna-se é demasiado simplista e causador de vários constrangimentos, para além de limitar a ideia de representatividade do eleitorado²³.

No caso do sistema eleitoral francês é estabelecido um limiar elevado para atingir a segunda volta, o qual tem por objetivo garantir que não ocorra

22. Neste sentido, veja-se: COX, Gary W. *Making Votes Count: Strategic Coordination in the World's Electoral Systems*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

23. O modelo francês impõe desde 1976 um limiar para que os partidos possam passar à segunda volta, o qual foi fixado em 12,5% dos eleitores, e não dos votos expressos, o que implica a necessidade de obtenção de uma votação expressa muitas vezes demasiado elevada para atingir a segunda volta.

uma fragmentação do parlamento e dos partidos políticos, o que é visto como um fator que enfraqueceria o sistema político. Este modelo tem ainda o objetivo de incentivar a existência de coligações entre partidos, uma vez que para garantir a sua eleição terão necessidade de se apresentar em coligação. Trata-se de uma realidade que não tem sido viável em Portugal, onde raramente existem coligações de governo, em especial coligações partidárias pré-eleitorais.

Este modelo tem a vantagem de levar o eleitor por via do voto a manifestar a sua verdadeira preferência eleitoral na primeira volta. Por vezes esse voto assumirá uma natureza de “voto útil”, quando destinado a garantir que determinado candidato chega à segunda volta ou, inclusivamente, que haja um vencedor logo na primeira volta. Já na segunda volta, excepto aqueles que votaram inicialmente nos candidatos que passaram a esse segundo escrutínio, o seu voto passará a ser meramente estratégico, no sentido que votarão naquele candidato que menos lhes desagrade, o que muitas vezes ocorre por indicação ou orientação do partido político que se encontra inserido numa aliança ou acordo. Daqui resulta a ocorrência de uma subversão na manifestação das preferências eleitorais, acentuado pelo fenómeno da desistência, em que candidatos de uma determinada coligação desistem de se apresentar na segunda volta para garantir que o candidato da coligação tem mais hipóteses de vencer. Igualmente, pode ocorrer tal fenómeno logo na primeira volta, para evitar o risco da dispersão de votos e, bem assim, para evitar que nenhum dos candidatos chegue à segunda volta. A prática da desistência só pode ocorrer perante partidos políticos bem estruturados e solidificados, e perante eleitores devidamente informados e disponíveis para aceitar a indicação de voto daqueles.

Portanto, este sistema eleitoral apresenta a vantagem de permitir, na primeira volta, saber qual a verdadeira implantação eleitoral no território ao nível da aceitação eleitoral, de modo a que os partidos políticos possam de forma realística estabelecer os acordos e as coligações políticas, o que por exemplo no sistema eleitoral português não é possível. Efetivamente, nos sistemas eleitorais com um único escrutínio, tanto de matriz maioritária como proporcional, torna-se difícil o estabelecimento de coligações pré-eleitorais, sendo que mesmo após a eleição assume sempre formas rígidas, ao contrário dos modelos mais flexíveis dos sistemas eleitorais baseados em dois escrutínios (duas voltas)²⁴.

24. Segundo Maurice Duverger “*o escrutínio maioritário com dois candidatos à segunda volta tende para um sistema de partidos múltiplos, flexíveis, dependentes e relativamente estáveis (em qualquer caso)*” – DUVERGER, Maurice. *Il Partiti Politici*. Milão: Comunità, 1961, p. 253. Este sistema introduz um incentivo a coligações bipolares, bem como incentiva uma segunda volta competitiva bipolar. Por seu lado, Domenico Fisichella anota que este sistema tem um efeito des-representativo

O sistema eleitoral a duas voltas tem sido sujeito a algumas críticas²⁵, desde logo em resultado da *des-representação* dos partidos políticos dos extremos, quer de extrema direita, quer de extrema esquerda, por estarem afastados das ditas coligações²⁶. Em face deste problema Gianfranco Pasquino refere que é possível “*manter um número reduzido de partidos e oferecer aos eleitores maiores oportunidades de escolha, poder-se-ia permitir o acesso à segunda volta aos três primeiros candidatos de cada colégio uninominal, de modo a refletir melhor as preferências dos eleitores*”²⁷. O mesmo autor refere ainda que se poderia estabelecer o acesso “*a todos os candidatos cujos votos somados representassem uma percentagem elevada do total*”²⁸, bem como, a criação de um sistema de representação simbólica para garantir a presenças das minorias excluídas por opção ou pelos grandes partidos das coligações.

2.2 OS SISTEMAS ELEITORAIS DE REPRESENTAÇÃO PROPORCIONAL

Os sistemas eleitorais de representação proporcional têm uma multiplicidade de modelos adotados, ou seja, dentro deste existem muitas variantes²⁹, embora todas elas tentem sob várias formas garantir a correspondência entre os votos obtidos e os mandatos que são atribuídos aos partidos políticos. Existem para tal formas distintas de calcular e de obter um resultado proporcional, as quais tentam impedir a fragmentação do sistema partidário e parlamentar, que poderia ocorrer com o surgimento e a representação parlamentar de muitos partidos. Esta é uma realidade de que padece o sistema eleitoral brasileiro, mas que é bem controlada no

para os partidos políticos dos extremos, quer de extrema direita, quer de extrema esquerda, que são na maioria das vezes, senão sempre, afastado das coligações – FISICHELLA, Domenico. *Elezioni e Democrazia. Un’Analisi Comparata*. Bolonha: Il Mulino, 1982.

25. De notar que um outro sistema a duas voltas é o da eleição italiana do presidente de câmara e dos conselhos dos municípios com mais de 15.000 habitantes, dos conselhos provinciais e dos presidentes das províncias, mas que assume uma natureza mista, por ser proporcional para a eleição dos conselhos, com um prémio de maioria de lugares para a eleição dos presidentes de câmara e de província vencedores à segunda volta, em que não se aplica em colégios uninominais, mas mediante a apresentação de listas pelos partidos. Neste sentido, veja-se: PASQUINO, Gianfranco. *Curso de Ciência Política*. Cascais: Princípia, 2002, pp. 135-136.
26. Tal sucedeu quando nas eleições francesas de 1993 a coligação vencedora, com uma votação de 39,7% na primeira volta conseguiu obter 480 dos 577 lugares do parlamento, beneficiando da dificuldade de alianças da esquerda tradicional com a extrema-esquerda e os verdes, bem como do sistema de desistências. Neste sentido, veja-se: ULERI, P. V. “Le Elezioni nel Mondo: Francia”, in *Quaderni dell’Osservatorio Elettorale*. Dezembro, 1994, pp. 117-122.
27. PASQUINO, Gianfranco. *Curso de Ciência Política*. Cascais: Princípia, 2002, p. 135.
28. Ibidem.
29. Neste sentido, veja-se, entre outros: RICCAMBONI, G. *Cittadini e Rappresentanza in Europa. I Sistemi Elettorali nelle Regioni e nei Comuni*. Milão: Angeli, 1992.

sistema eleitoral português. Para impedirem a referida fragmentação os sistemas eleitorais utilizam como instrumentos a definição da dimensão das circunscrições eleitorais, a existência de condições de acesso à atribuição de lugares e, por fim, pela definição do número de deputados a eleger³⁰. Através da dimensão das circunscrições eleitorais limitam-se os lugares ao número de eleitores existentes na mesma, em que “*quanto maior é a dimensão da circunscrição, mais elevada será a proporcionalidade do sistema eleitoral, e vice-versa*”³¹, isto porque, nas circunscrição que elegem poucos representantes, por exemplo apenas dois ou três, existirá uma tendencial desproporcionalidade e *des-representação* parlamentar³². Por outro lado, quanto maior for a circunscrição eleitoral mais fácil será que os pequenos partidos consigam obter mandatos, o que leva no caso português a que os partidos de pequena e média dimensão, com representação parlamentar, obtenham a maioria dos mandatos nos círculos eleitorais urbanas de Lisboa e Porto.

Na realidade, a fragmentação dos partidos políticos e dos parlamentos é uma preocupação dos sistemas eleitorais proporcionais, razão pela qual se prevê em muitos deles limiares de exclusão ou de acesso, ou seja, limitações à representatividade dos partidos com votações menores ou residuais. Esses limiares variam nos diferentes sistemas eleitorais, podendo encontrar-se percentuais de 3% a 5% em países da europa ocidental, como sucede por exemplo no sistema eleitoral alemão, que tem a particularidade de, apesar de estabelecer esse limiar à escala nacional, permitir ainda assim a representatividade quando elegem um mínimo de três deputados nos colégios uninominais. Pelo que as minorias acabam por ter representatividade no parlamento alemão, quando consigam obter uma concentração geográfica de votos³³. Assim sendo, o sistema alemão funciona com dois votos, um

30. Em Portugal vem sendo discutida a diminuição do número de deputados no parlamento, mas essa modificação é polémica, porque a redução beneficiaria os partidos do arco da governação e prejudicaria os pequenos e médios partidos, que por via da proporcionalidade perderiam lugares e seriam condenados a representações pouco expressivas. Sobre estes instrumentos veja-se: LIJPHART, Arend; et. al. *Electoral Systems and Party Systems. A Study of Twenty-Seven Democracies 1945-1990*. Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 11.

31. PASQUINO, Gianfranco, op. cit., pp. 136-137.

32. A Holanda é um dos casos de grande proporcionalidade, uma vez que a circunscrição eleitoral abrange todo o seu território, a que acresce limiares muito baixos de acesso, mas esta solução apenas é praticável em países de pequena dimensão e com pequenos parlamentos, em que é possível contrabalançar essa realidade com a tendência para a fragmentação do sistema partidário.

33. O sistema alemão apresenta ainda a particularidade da representação proporcional personalizada, em que metade dos lugares do parlamento são atribuídos em sede de colégios uninominais, sendo a outra metade em listas partidárias de circunscrições que tenham uma coincidência geográfica com os Estados federados (Länder), embora o sistema eleitoral se mantenha proporcional do ponto de vista da distribuição global de mandatos. Neste sentido,

para a escolha do candidato no colégio uninominal e outro para a escolha da lista partidária ao nível do *Land*, em que o candidato vencedor no colégio uninominal é imediatamente eleito, quer obtenha maioria absoluta ou relativa. A percentagem obtida por cada lista ao nível do *Land* é utilizada posteriormente para concretizar o número total de mandatos de cada partido político. Outra particularidade é que, quando desta articulação resulte que um partido obtem mais mandatos uninominais do que aqueles que resultariam dos votos na lista partidária, esses lugares mantêm-se como *mandatos de acréscimo*³⁴.

No que concerne ao número de deputados, este também pode ter um efeito no aumento ou diminuição da proporcionalidade, porque o menor número de deputados conduz a uma restrição da proporcionalidade do resultado eleitoral, o que está na base da dificuldade que tem o sistema político português em reduzir o atual número de deputados. O risco que resulta da restrição da proporcionalidade é que os parlamentos nacionais podem tornar-se pouco representativos dos resultados eleitorais, mas os parlamentos nacionais de grande dimensão podem também não ser representativos, a que acresce serem em regra mais fragmentados e menos funcionais, pelo que a solução ótima encontrar-se-á numa dimensão média para os parlamentos nacionais.

Por fim, levanta-se a questão de saber que fórmula deve ser utilizada para corporizar o resultado eleitoral em mandatos efetivos nos parlamentos nacionais³⁵, sendo que as mais conhecidas são as de *Sainte-Laguë modificada*, de *Hondt* e de *Hare*. Na primeira fórmula os mandatos são atribuídos dividindo o número de votos obtidos sucessivamente por 1,4; 3; 5 e 7, com a atribuição do mandato ao partido com o número de votos mais elevado. A segunda fórmula utiliza o mesmo método, mas com outros divisores, isto é, o 1, 2, 3 e 4. Por fim, na última fórmula calcula-se primeiro o quociente resultante da relação entre o número de votos e o número de lugares, atribuindo-se posteriormente tantos lugares aos partidos políticos

veja-se: MISSIROLI, António “Germania; Proportionale Personalizzata e Cancellierato”, in Oreste Massari e Gianfranco Pasquino (coord.), *Rappresentare e Governare*. Bolonha: Il Mulino, 1994, pp. 155-180.

34. Outro sistema proporcional é aquele que utiliza o “voto único transferível”, da República da Irlanda, que além de garantir a proporcionalidade permite que o eleitor avalie os candidatos individualmente por ordem de preferência, o que acentua a democracia direta e os poderes do eleitor na manifestação das suas preferências. Os votos remanescentes do candidato eleito são transferidos para o candidato que aparece a seguir na ordem de preferência no boletim de voto, pelo que havendo lugares por preencher o candidato com menor número de votos é excluído e os votos transferidos para o candidato que aparece a seguir no boletim de voto.
35. Neste sentido, veja-se: TORRENS, Xavier. “*Los Sistemas Electorales*”, in Miquel Caminal Badía (coord.), *Manual de Ciencia Política*. Madrid: Editorial Tecnos, 1996, pp. 360-364.

quantas as vezes que os seus votos contenham o quociente. A utilização de qualquer uma das fórmulas não é indiferente, visto que a fórmula de *Hondt* favorece os partidos grandes, enquanto a de *Sainte-Laguë modificada* reequilibra o resultado em favor dos partidos médios e a de *Hare* permite a representação dos partidos mais pequenos do sistema político-partidário.

3 AS VANTAGENS E DESVANTAGENS DOS SISTEMAS ELEITORAIS PROPORCIONAIS

Os sistemas eleitorais proporcionais merecem uma apreciação individualizada quanto às vantagens e desvantagens, tendo em consideração a sua enorme utilização pelos diferentes sistemas eleitorais da Europa continental. A principal crítica e preocupação que este sistema eleitoral encerra decorre do facto de ser potenciador da fragmentação partidária e parlamentar³⁶ quando os sistemas eleitorais não possuem medidas corretivas, o que acaba por criar dificuldades na criação de coligações sólidas³⁷. Igualmente, o conhecimento histórico dos sistemas eleitorais de acentuada proporcionalidade permite perceber que uma redução na proporcionalidade, sem que tal característica fique em causa, aumenta o nível de governabilidade, o que pode ser um elemento fulcral para a defesa do sistema democrático do século XXI.

A controversia surge perante aqueles que defendem que é o próprio sistema eleitoral proporcional que propicia ou que causa a referida fragmentação. Para Ferdinand Hermens a proporcionalidade fragmenta o sistema partidário, enquanto Maurice Duverger afirmou que “*a representação proporcional tende para um sistema de partidos múltiplos, rígidos, independentes e estáveis*”³⁸. Ainda assim, é difícil conceber que exista no problema da fragmentação partidária e parlamentar uma causa e efeito diretamente resultante do sistema eleitoral ser proporcional. É certo que este modelo não desencoraja o surgimento de um cada vez maior número de partidos políticos, mas já diferentemente não se poderá afirmar sem margem para dúvidas que os sistemas eleitorais são a causa da referida fragmentação.

36. Neste sentido, veja-se: HERMENS, Ferdinand. *Democracy or Anarchy? A Study of Proportional Representation*. Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1941; *The Representative Republic*. Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1958.

37. Apesar do sistema eleitoral português não ter um problema de fragmentação, apresenta, pelo contrário, um problema no estabelecimento de coligações, que são praticamente inexistentes, e aquelas que ocorreram nos últimos 40 anos de democracia resultam de circunstâncias excecionais, a maioria delas externas, e não propriamente como resultado de um incentivo do sistema eleitoral.

38. DUVERGER, Maurice. *Il Partiti Politici*. Milão: Comunità, 1961, p. 253.

Esse fenômeno será por certo resultado de um conjunto de causas, tanto político-partidárias como sócio-culturais, as quais são passíveis de controle pelas referidas cláusulas de exclusão e pela definição da dimensão dos parlamentos nacionais e das circunscrições eleitorais³⁹.

Em suma, estes sistemas eleitorais que comungam do ideal de proporcionalidade como vetor de obtenção de maior representatividade, encontram-se associados ao multipartidarismo, embora a pluralidade partidária possa ter, e muitas vezes tem, outras causas, nomeadamente, serão resultantes da evolução histórica das democracias modernas.

4 OS SISTEMAS ELEITORAIS MISTOS

Os sistemas eleitorais mistos são uma consequência dos sistemas maioritários e de representação proporcional não serem perfeitos⁴⁰, como são exemplificativos os sistemas eleitorais de Itália, da Nova Zelândia, do Japão ou da Hungria, em que por exemplo este último apresenta, por um lado, uma composição parlamentar baseada em colégios uninominais, com eleição fundada num sistema eleitoral de maioria a duas voltas e, por outro, uma composição resultante de listas apresentadas pelos partidos políticos das circunscrições regionais, cuja eleição se baseia na ideia de proporcionalidade. Por último, tem ainda uma parte dos membros do parlamento eleitos em resultado das listas nacionais partidárias, baseadas num colégio único nacional, cuja eleição resulta da soma dos votos residuais que não cheguem para obter um mandato, sejam eles obtidos nos colégios uninominais ou nas circunscrições eleitorais regionais⁴¹.

Os casos de Itália e da Nova Zelândia são exemplificativos de modelos relativamente mistos, de sentidos opostos, em que no caso italiano se optou pela representação proporcional em circunscrições de média e grande dimensão, com recuperação dos “restos” para a eleição de um parlamento de grande dimensão e, no caso neozelandês, um sistema maioritário de tipo *plurality*, baseado em colégios uninominais para eleger um

39. Se alguns vêm a fragmentação como um problema, encontramos, também, na doutrina quem o refira como uma qualidade deste sistema eleitoral, nomeadamente, John Stuart Mill, que no século XIX sustentou que os sistemas proporcionais devem merecer a preferência, por garantirem a representatividade das minorias, bem como, por permitirem uma maior diversidade de opiniões e de formação de governos de coligação com diferentes orientações políticas (governos multipartidários). Neste sentido, veja-se: PASQUINO, Gianfranco, op. cit., pp. 145-146.

40. Neste sentido, veja-se: CARDUCCI, Michele. op. cit.

41. Neste sentido, veja-se: JAPAN. *The Diet, Elections, and Political Parties*. Tóquio: Foreign Press Center, 1995.

parlamento de pequena dimensão⁴². No caso italiano pretende-se combater a percepção negativa sobre as coligações, enquanto ameaça à estabilidade e à responsabilização política dos representantes das populações, pelo que o modelo ainda que seja proporcional possui uma vertente fortemente maioritária.

Também se apresentam como mistos os sistemas utilizados nas regiões alemãs da Renânia do Norte-Vestefália e da Schleswig-Holstein, os quais têm uma vertente de sistema eleitoral maioritário e outra de sistema eleitoral proporcional⁴³, onde, no primeiro caso, os eleitores votam num candidato numa circunscrição eleitoral, ganhando o lugar aquele que obtenha o maior número de votos, mas permanecerão por preencher os *lugares de compensação*, cujo preenchimento terá em consideração a votação nos partidos políticos, para apuramento do resultado proporcional. Estes *lugares de compensação* de uma lista fechada são utilizados nas palavras de Henk van der Kolk “*para obter a proporcionalidade*”⁴⁴, que não sendo suficientes para obtê-la, será compensada pela prioridade dada aos lugares da circunscrição eleitoral. Este modelo aceita pequenos desvios em relação ao ideal de proporcionalidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No essencial não existe nenhum sistema eleitoral absolutamente ótimo, sendo que a adequação de cada modelo ou sistema eleitoral resulta da capacidade de atingir os objetivos previamente definidos e, bem assim, do acolhimento generalizado da maioria dos cidadãos. Por outro lado, os sistemas eleitorais não podem ser vistos como uma questão menor do sistema democrático, por isso, impõe-se que de tempos a tempos sejam reanalisados, para averiguar sobre a existência de melhores soluções, com vista à sua reformulação numa perspetiva de defesa do sistema democrático⁴⁵.

42. Neste sentido, veja-se: PAPPALARDO, Adriano. “La Nuova Legge Elettorale in Parlamento: chi, come e perche”, in Stefano Bartolini e Roberto D’Alimonte (coord.), *Maggioritario ma non troppo. Le Elezioni Politiche del 1994*. Bolonha: Il Mulino, 1995, pp. 13-36. Este sistema incentivou a formação de coligações de apoio aos candidatos nos colégios uninominais, mas os partidos mais pequenos negociaram a sua participação nestas coligações pedindo como contrapartida colégios uninominais seguros, o que levou a que a redução dos partidos representados no parlamento não tivesse ocorrido com efetividade.

43. Neste sentido, veja-se: MASSICOTTE, Louis; BLAIS, André. “Mixed electoral systems: a conceptual and empirical survey”, in *Electoral Studies*, 18, 1999, pp. 341-366.

44. KOLK, Henk van der. op. cit., p. 855

45. Neste sentido, veja-se: NOIRET, Serge. (coord.). *Political Strategies and Electoral Reforms: Origins of Voting Systems in Europe in the 19th and 20th Centuries*. Baden-Baden: Nomos

Importa igualmente enaltecer que, em geral, os sistemas nacionais e locais diferem, mas em Estados unitários como Portugal ou a Holanda⁴⁶ as principais características do sistema eleitoral proporcional mantêm-se idênticas em ambas as realidades. O mesmo se diga em relação ao sistema eleitoral de “voto único transferível” da República da Irlanda e ao sistema eleitoral maioritário uninominal do Reino Unido, que abrange a grande maioria dos municípios, com poucas exceções, em que é plurinominal. Porém, países como a Suécia, a Dinamarca e a Bélgica optaram por implementar sistemas eleitorais distintos para as eleições nacionais e locais, o que acaba por encerrar uma maior complexidade para a compreensão dos seus sistemas eleitorais. Contudo, esta opção é resultado dos seus sistemas nacionais se basearem em grandes círculos eleitorais, enquanto localmente os municípios formam um único círculo eleitoral. Ainda assim, países como a Espanha, apesar de estruturado em regiões autonómicas, as suas eleições municipais encontram-se reguladas pelo mesmo sistema eleitoral das eleições nacionais, com exceção de um limiar um pouco distinto para os partidos políticos de certas regiões. No sistema eleitoral do Luxemburgo a única diferença verifica-se quanto aos municípios mais pequenos, que têm uma regulamentação diferente do sistema eleitoral nacional.

Por fim, por natureza, os Estados federais apresentam dois sistemas eleitorais distintos - Alemanha, Austria e Suíça -, sem que seja impossível essa aproximação, pelo que não se deve fazer uma associação imediata do federalismo a distintos sistemas eleitorais internos, nem considerar a unicidade de sistemas eleitorais nos Estados unitários. Assim, tendo em consideração os objetivos de criação artificial de maiorias locais para uma melhor governabilidade, pode promover-se a alteração entre sistemas eleitorais abertos ou fechados, ou entre modelos tendencialmente maioritários ou proporcionais nos diferentes níveis de governo, dentro do mesmo país, ainda que não seja um Estado organizado de modo federal ou confederado.

A opção que os Estados terão de adotar terá muitas vezes de ser entre sistemas eleitorais maioritários e menos proporcionais ou mais proporcionais e menos maioritários. No exemplo brasileiro será de equacionar a opção por uma maior governabilidade e menor fragmentação partidária e parlamentar, o que implicará um sistema eleitoral acima de tudo maioritário e de listas fechadas, em prejuízo de alguma proporcionalidade, até

Verlagsgesellschaft, 1990.

46. Apesar de no caso holandês existirem pequenas diferenças, consoante sejam os municípios de grande ou pequena dimensão, pela utilização da fórmula de Hondt (também utilizada para as eleições parlamentares nacionais) nos primeiros e de Hare nos segundos.

porque um modelo misto num Estado que ainda não apresenta a necessária consolidação partidária e parlamentar poderá encerrar mais problemas do que virtudes. Por isso, se por um lado parece impor-se mudanças nos sistemas eleitorais para a salvaguarda dos sistemas democráticos, também é verdade que tal tem de ocorrer com as devidas cautelas, razão pela qual se deverá optar por um sistema eleitoral cauteloso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBA, Carlos; NAVARRO, Carmen. “Twenty-five years of democratic local government in Spain”, in Norbert Kersting e Angelika Vetter (ed.), *Reforming Local Government in Europe*, Urban Research International. [s. l.]: Opladen Leske + Budrich, 2003.

BLAIS, André. “The debate over electoral systems”, in *International Political Science Review*, 12, 1991.

CARDUCCI, Michele. “Sistemi Elettorali Misti e Rappresentanza”, in Oreste Massari e Gianfranco Pasquino (coord.), *Rappresentare e Governare*. Bolonha: Il Mulino, 1994.

COX, Gary W. *Making Votes Count: Strategic Coordination in the World’s Electoral Systems*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

DUVERGER, Maurice. *Il Partiti Politici*. Milão: Comunità, 1961. *The Political Consequences of Electoral Laws*. New Haven: Yale University Press, 1969.

FISICHELLA, Domenico. *Elezioni e Democrazia. Un’Analisi Comparata*. Bolonha: Il Mulino, 1982.

HAYEK, Friedrich. *Derecho, Legislacion y Libertad* (vol. III). [s. l.]: Union Editorial, S.A, 1982.

HERMENS, Ferdinand. *Democracy or Anarchy? A Study of Proportional Representation*. Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1941; *The Representative Republic*. Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1958.

JAPAN. *The Diet, Elections, and Political Parties*. Tóquio: Foreign Press Center, 1995.

JENNINGS, Ivor. *A Constituição Britânica (The British Constitution)*, tradução de Carlos A. Lamback. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, UnB, 1981.

KOLK, Henk van der. “Os Sistemas Eleitorais Locais na Europa ocidental”, in *Análise Social*, vol. LX (177). Lisboa: Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, 2005.

LIJPHART, Arend; et. al. *Electoral Systems and Party Systems. A Study of Twenty-Seven Democracies 1945-1990*. Oxford: Oxford University Press, 1994.

MARTIN, Pierre. *Les élections municipales en France depuis 1945*. Paris. La Documentation Française, 2001;

MIRANDA, Jorge. *Estudos de Direito Eleitoral*. Lisboa: Lex – Edições Jurídicas, 1995.

MASSARI, Oreste “Gran Bretagna: Un Sistema Funzionale al Governo di Partito Responsabile”, in Oreste Massari e Gianfranco Pasquino (coord.), *Rappresentare e Governare*. Bolonha: Il Mulino, 1994.

MASSICOTTE, Louis; BLAIS, André. “Mixed electoral systems: a conceptual and empirical survey”, in *Electoral Studies*, 18, 1999.

MISSIROLI, António “Germania; Proporzionale Personalizzata e Cancellierato”, in Oreste Massari e Gianfranco Pasquino (coord.), *Rappresentare e Governare*. Bolonha: Il Mulino, 1994.

NOHLEN, D. *Os Sistemas Eleitorais: O contexto faz a diferença*. Lisboa: Livros Horizonte, 2007.

NOIRET, Serge. (coord.). *Political Strategies and Electoral Reforms: Origins of Voting Systems in Europe in the 19th and 20th Centuries*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1990.

NORTON, Alan. *International Handbook of Local and Regional Government – A Comparative Analysis of Advanced Democracies*. Cheltenham, RU: Edward Elga, 1994.

PAPPALARDO, Adriano. “La Nuova Legge Elettorale in Parlamento: chi, come e perche”, in Stefano Bartolini e Roberto D’Alimonte (coord.), *Maggioritario ma non troppo. Le Elezioni Politiche del 1994*. Bolonha: Il Mulino, 1995.

PASQUINO, Gianfranco. *Curso de Ciência Política*. Cascais: Princípia, 2002.

RAE, Douglas W. *The Political Consequences of Electoral Laws*. New Haven: Yale University Press, 1969.

RALLINGS, Colin; THRASHER, Michael. *Local Elections in Britain*. Londres; Nova Iorque: Routledge, 1997.

RICCAMBONI, G. *Cittadini e Rappresentanza in Europa. I Sistemi Elettorali nelle Regioni e nei Comuni*. Milão: Angeli, 1992.

SARTORI, Giovanni. *Elementi di Teoria Politica*. Bolonha: Il Mulino, 1990.

SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalism, Socialism and Democracy*. Londres: George Allen & Unwin Ltd., 1942.

TORRENS, Xavier. “Los Sistemas Electorales”, in Miquel Caminal Badía (coord.), *Manual de Ciencia Política*. Madrid: Editorial Tecnos, 1996.

ULERI, P. V. “Le Elezioni nel Mondo: Francia”, in *Quaderni dell’Osservatorio Elettorale*. Dezembro, 1994.

CAPÍTULO 42

A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA

SAMANTHA RIBEIRO MEYER- PFLUG MARQUES

Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho e advogada. <http://lattes.cnpq.br/4568093820920860>

PATRÍCIA PACHECO RODRIGUES

Mestranda em Direito pela Universidade Nove de Julho (UNINOVE) na linha de pesquisa: justiça e o paradigma da eficiência. <http://lattes.cnpq.br/5702557396011791>

INTRODUÇÃO

O conflito é algo inerente à sociedade moderna, assim como da natureza e da convivência humana, pois se, espontaneamente, fossem proporcionadas às pessoas tudo aquilo que necessitam, para a satisfação de suas necessidades, o sentimento de insegurança seria menos intenso e pouco frequente as situações de conflito. No entanto, no mundo fático essa situação se mostra impossível.

Na sociedade atual vive-se uma situação de insuficiência e carências, na qual o Estado passa a exercer um papel preponderante. Vale dizer : “o que determina acentuado grau de interdependência; e quanto mais carentes as pessoas e mais inseguras, porque mais dependentes, maior o campo que se oferece à presença e à expansão, na sociedade, do poder político com dominação/submissão.”¹

1. PASSOS, J.J. Calmon de. Democracia, participação e processo. In. Participação e processo.

No Brasil, o crescente aumento populacional impôs gradativamente aos conflitos inter-individuais, advindos da própria convivência social, a necessidade de sua regulação ou resolução por uma atividade alheia aos próprios litigantes. Superadas as etapas da autotutela e autocomposição, ganham relevo, inicialmente, as estruturas formais de poder, com a organização de mecanismos formais, com peculiaridades específicas para proporcionar o acesso à justiça².

O acesso à justiça está diretamente relacionado à democracia. Nesse contexto: “O Estado Democrático de direito pressupõe uma ordem jurídica em que se garantam importantes instrumentos para a defesa dos particulares em face do poder do Estado.”³ No Brasil a democracia foi consolidada com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que estabeleceu expressamente o Estado Democrático de Direito e as “linhas mestras para funcionamento das instituições responsáveis por seu provimento.”⁴

O Texto Constitucional, ao garantir expressamente o acesso à justiça a todos os indivíduos, deu um grande passo na concretização da cidadania. Nesse sentido, vale ressaltar que inicialmente o precário acesso à justiça foi incentivado pelos movimentos de reconstrução da cidadania. E então, “duas décadas após a abertura democrática, o Judiciário brasileiro torna-se palco destacado na resolução de conflitos – desde aqueles – mais simples, sobre direitos individuais até os mais complexos, envolvendo múltiplas partes e reflexos políticos”⁵.

E a crise numérica de processos em tramitação na justiça tem suas raízes no regime militar, mas foi agravada com esse afã de consolidar a democracia na Constituição de 1988. Nesse particular, “a independência do Poder Judiciário e a garantia de acesso à justiça, subtraídos durante o período militar, foram expressamente assegurados na nova ordem constitucional, tendo o Poder Judiciário alcançado autonomia administrativa e financeira”⁶.

Coordenação Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p.85.

2. ROCHA, Cesar Asfor. *A luta pela efetividade da jurisdição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.34.
3. CHALITA, Gabriel. *Princípio da Segurança Jurídica*. In: Segurança jurídica no Brasil. Organizador Marco Túlio Bottino. São Paulo: RG Editores, 2012, p.86.
4. BEZERRA, Eudes Vitor; BRAGA, Sérgio Pereira. *Justiça Brasileira: Fácil de Entrar, Difícil de Sair um Olhar Sobre a Crise Numérica dos Processos*. Revista Cidadania e Acesso à Justiça, v. 2, n. 1, 2016, p. 130-131.
5. Idem.
6. Ibidem.

É preciso levar-se em consideração que a Constituição “não pode ser concebida como uma lei estática, pois é dinâmica, posto ser da essência da própria vida em sociedade o estar em constante processo de desenvolvimento e mudança”.⁷

Grande parte da crise do Poder Judiciário decorre da morosidade da Justiça, que não é um fato exclusivo no Brasil, sendo tema recorrente em outros lugares do mundo. O artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950, já previa aos cidadãos europeus o direito a um processo equitativo, num prazo razoável. No Brasil, os estudos e as propostas para este problema estão tradicionalmente voltados para reformas legislativas processuais, podendo ser a nomocracia⁸, o direito midiático, direito simbólico ou populismo midiático⁹.¹⁰

A atual Constituição brasileira foi resultado, portanto, do processo de redemocratização e se diferenciou de suas precedentes, ao garantir “amplo acesso à justiça e a sua inserção no rol de garantias fundamentais dos cidadãos, aliada à consagração de um vasto número de direitos sociais e coletivos [...]”.¹¹

Nesse sentido, “representou o novo Texto Constitucional um avanço na proteção dos direitos do cidadão, bem como a previsão de instrumentos que visam consolidar o regime democrático e a autodeterminação do povo”.¹²

Para Anna Candida da Cunha Ferraz e Fernanda Dias Menezes de Almeida, a Constituição de 1988 foi um texto redigido em momento de profundas transformações do Estado brasileiro, com reflexos no plano interno, externo, na conjuntura social e econômica. Transformações que continuaram nos anos seguintes à sua promulgação, quase que numa permanente modificação, é a adaptação aos novos tempos, assim como a influência dos movimentos do constitucionalismo contemporâneo, com significativo impacto na moldagem do constitucionalismo brasileiro na atualidade.¹³

7. MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. A Constituição de 1988 e sua regulamentação. *Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC - Nomos*, v. 28, n. 1, 2008, p.223-224.

8. É a tendência a resolver problemas com mais normas.

9. Os mecanismos midiáticos utilizados para a manipulação da opinião pública.

10. BEZERRA, Eudes Vitor; BRAGA, Sérgio Pereira. Justiça Brasileira: Fácil de Entrar, Difícil de Sair um Olhar Sobre a Crise Numérica dos Processos. *Revista Cidadania e Acesso à Justiça*, v. 2, n. 1, 2016, p. 122.

11. *Idem*, p. 127.

12. MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. A Constituição de 1988 e sua regulamentação. *Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC - Nomos*, v. 28, n. 1, 2008, p.221.

13. FERRAZ, Anna Candida da Cunha; ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Direito

A Constituição de 1988 consagrou, no rol dos direitos fundamentais (no inciso XXXII, do art. 5º), a proteção ao consumidor como direito individual, em que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Tal constitucionalização resultou a inclusão desta matéria na órbita da jurisdição constitucional e consequente o “aumento da ingerência do Poder Judiciário – e, em especial, pelo Supremo Tribunal Federal, em face de seu papel de guardião da Constituição – as relações de consumo.”¹⁴

Nesse contexto, conforme Toshio Mukai, citando Eduardo Polo, é no sentido de que a variedade das normas de tutela ao consumidor são pertencentes não apenas a uma seara do Direito, seja civil e comercial, penal e ao processual, ao direito administrativo e inclusive ao constitucional, com isso se “determinou que os limites desse setor de interesses sejam pouco precisos, e porque não dizer-se vagos e difusos”.¹⁵

Desta feita, Alexandre de Moraes traz o entendimento do consumidor como destinatário à prestação jurisdicional, numa relação de interdependência e complementaridade dos princípios da eficiência (CF, art. 37, *caput*), da celeridade e da razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII), introduzidos pelas Emendas Constitucionais 19/1998 e 45/2004. Entendendo o Supremo Tribunal Federal e o Conselho Nacional de Justiça com relação direta de concretização desses princípios, e consequentemente dos direitos destes consumidores.¹⁶

A Emenda Constitucional nº 45/04 inaugurou a Reforma do Judiciário brasileiro, como uma “tentativa de superação da crise instalada no Judiciário – crise essa não apenas numérica, mas institucional e de legitimidade”¹⁷. Referida emenda não trouxe grandes alterações processuais visando a celeridade e redução na morosidade da Justiça brasileira, necessitando o ordenamento de alterações infraconstitucionais, que além de tais fatores, também privilegiem “a solução dos conflitos ([por] mediação, conciliação,

constitucional: teoria geral da Constituição. Organizadores Clèmerson Merlin Clève, Luís Roberto Barroso. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 33/55.

14. MORAES, Alexandre de. Consumidor e direito à prestação jurisdicional eficiente e célere. Em: *Lições de Direito Constitucional- estudos em homenagem ao Professor Jorge Miranda*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 46.
15. TOSHIO, Mukai. *Comentários ao código de proteção do consumidor*. Coordenador Juarez de Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 04.
16. MORAES, Alexandre de. Consumidor e direito à prestação jurisdicional eficiente e célere. Em: *Lições de Direito Constitucional- estudos em homenagem ao Professor Jorge Miranda*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 45-48.
17. COUTO, Mônica Bonetti; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Poder Judiciário, justiça e eficiência: caminhos e descaminhos rumo à justiça efetiva. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 63,dez. 2014, p. 02.

arbitragem), a distribuição de Justiça e maior segurança jurídica, afastando-se tecnicismos exagerados”.¹⁸

O Conselho Nacional de Justiça veio para favorecer a melhoria contínua das atividades do Poder Judiciário, para “conferir maior eficiência à administração da justiça e não uma ingerência indevida na atividade jurisdicional e na autonomia dos magistrados.”¹⁹ Além disso, a razoável duração do processo e a celeridade processual, já estavam contempladas no texto constitucional, no princípio do devido processo legal e no princípio da eficiência aplicável à Administração Pública (art. 37, *caput*, da CF/88).²⁰ A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), da qual o Brasil é signatário desde 1992²¹, é também antecedente legislativo que contempla a garantia de celeridade ou de uma duração razoável do processo, que foi fundamentação de alguns julgados pelo Supremo Tribunal Federal.²²

E conforme as diretrizes de atuação do Conselho Nacional de Justiça na atualidade, a celeridade parece sobrepor-se ao valor da segurança jurídica, convém refletir em torno do significado e da extensão da duração razoável do processo²³, assunto que iremos dispor ao longo dos capítulos que seguem no presente artigo. E conforme Adilson Abreu Dallari, o princípio da segurança jurídica é a própria razão de ser da ordem jurídica, sendo qualificado pela doutrina como um super princípio²⁴.

Nesse sentido, a segurança jurídica é princípio fundamental nas democracias, embasando os atos da vida civil, sendo essencial a ação do

-
18. MORAES, Alexandre de. Consumidor e direito à prestação jurisdicional eficiente e célere. Em: *Lições de Direito Constitucional- estudos em homenagem ao Professor Jorge Miranda*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 53.
 19. MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; BRAGA Sérgio Pereira. O Conselho Nacional de Justiça e suas contribuições para uma administração eficiente da justiça. *Direito e sustentabilidade [Recurso eletrônico on-line]* organização : CONPEDI/ UNICURITIBA; coordenadores: Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches, Carlos André Bimfeld, Luiz Ernani Bonesso de Araujo.– Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 497.
 20. MORAES, Alexandre de. Consumidor e direito à prestação jurisdicional eficiente e célere. Em: *Lições de Direito Constitucional- estudos em homenagem ao Professor Jorge Miranda*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 52.
 21. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em 20/11/2018.
 22. COUTO, Mônica Bonetti; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Poder Judiciário, justiça e eficiência: caminhos e descaminhos rumo à justiça efetiva. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 63,dez. 2014, p. 05.
 23. Idem, p. 02.
 24. DALLARI, Adilson Abreu. Segurança Jurídica e anulação do contrato administrativo. In: *Segurança jurídica no Brasil*. Organizador Marco Túlio Bottino. São Paulo: RG Editores, 2012, p.20.

Poder Judiciário em todos os seus níveis e instâncias no atendimento do cidadão, garantido seu acesso e poder de recorrer da violação de seus direitos. Sem a ação pronta e eficaz do Judiciário os direitos permanecem como meros relicários.²⁵

1 DO ACESSO À JUSTIÇA AO PARADIGMA DA EFICIÊNCIA

O administrador público eficiente é aquele que, como efeito de seus atos, produz bom resultado, buscando a igualdade legal, assim como prezando pela objetividade e imparcialidade. Logo, o princípio da eficiência é para Alexandre de Moraes:

a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar desperdícios e garantir uma maior rentabilidade social.²⁶

Para o aludido autor, a prestação jurisdicional deve ser considerada como serviço essencial à população, assegurando o binômio: independência da magistratura e eficiência na distribuição de Justiça.²⁷ Por isso que o acesso à justiça, além de direito individual fundamental, também é o objeto de estudo do direito processual, já que “requisito fundamental e o mais basilar dos direitos humanos de um sistema moderno igualitário, que pretenda garantir e não apenas proclamar direitos”.²⁸

A atividade de jurisdição como serviço público, para Maria Sylvia Zanella Di Pietro demonstra que o conceito de serviço público para a doutrina em geral, traz sentidos amplos e restritos, mas que não podem ser considerados um em detrimento do outro, há em realidade uma graduação decrescente dos vários conceitos:

os que incluem todas as atividades do Estado (legislação, jurisdição e execução); os que só consideram as atividades administrativas, excluindo jurisdição e legislação, sem distinguir o serviço público do poder de polícia, fomento

25. CIAMPAGLIA, Silvio. *Segurança jurídica é princípio fundamental nas democracias*. Idem, p.09.

26. MORAES, Alexandre de. Consumidor e direito à prestação jurisdicional eficiente e célere. Em: *Lições de Direito Constitucional- estudos em homenagem ao Professor Jorge Miranda*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 48.

27. MORAES, Op. cit., p.49-50.

28. BEZERRA, Eudes Vitor; BRAGA, Sérgio Pereira. Justiça Brasileira: Fácil de Entrar, Difícil de Sair um Olhar Sobre a Crise Numérica dos Processos. *Revista Cidadania e Acesso à Justiça*, v. 2, n. 1, 2016, p. 125-126.

e intervenção; os que preferem restringir mais, para distinguir o serviço público das outras três atividades da Administração Pública; este último tem a vantagem de distinguir o serviço público propriamente dito das demais atividades administrativas de natureza pública, ou seja, polícia, fomento e intervenção.²⁹

Conforme acentuam Eudes Vitor Bezerra e Sérgio Pereira Braga, no período dos Estados liberais-burgueses a justiça era inacessível, já que disponível apenas àqueles que pudessem custear o acesso formal, não efetivo, assim como distante da realidade da maioria da população. Com as reformas do *Welfare State*, e os cidadãos com novos direitos substantivos, estes de forma mais frequente:

passaram a socorrer-se do Poder Judiciário face a violação de tais direitos [...] Provavelmente, o primeiro reconhecimento explícito do dever do Estado de assegurar igual acesso à justiça (pelo menos quando as partes estejam na Justiça) veio com o Código Austríaco de 1895, que conferiu ao juiz um papel ativo para equalizar as partes.³⁰

No relatório, Índice de Confiança na Justiça (ICJBrasil), produzido pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas em 2017, aponta que a confiança da população no Supremo Tribunal Federal é de vinte e quatro por cento, assim como na Justiça³¹. Em pesquisa da CNT/MDA³², divulgada em maio/2018, mostrou a insatisfação dos brasileiros com a atuação do Poder Judiciário. Ao todo, 55,7% desaprovam sua atuação, 89,3% desconfiam da Justiça e 90,3% afirmam que ela não trata todos de maneira igual. No universo dos 55,7%, que disseram desaprovam a atuação da Justiça, 18,9% avaliaram sua atuação como ruim e 36,8%, como péssima. Ao todo, 33,6% a classificaram como regular, 7,5% como boa e 1,3% como ótima. Dos que desconfiam da Justiça, 36,5%, a classificaram como nada confiável e 52,8%, como pouco confiável. Os que classificam o Poder Judiciário como muito confiável somam 6,4%³³.

29. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Serviços Públicos. *Tratado de direito administrativo*. Coordenadores Adilson Abreu Dallari, Carlos Valder do Nascimento, Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 301.

30. BEZERRA, Eudes Vitor; BRAGA, Sérgio Pereira. Justiça Brasileira: Fácil de Entrar, Difícil de Sair um Olhar Sobre a Crise Numérica dos Processos. *Revista Cidadania e Acesso à Justiça*, v. 2, n. 1, 2016, p. 123-125.

31. Disponível em https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/relatorio_icj_1sem2017.pdf. Acesso em 20/11/2018.

32. Instituto MDA a pedido da Confederação Nacional dos Transportes (CNT).

33. Disponível em <https://www.valor.com.br/politica/5523181/cntmda-quase-90-desconfiam-da-justica-igreja-e-mais-confiavel>. Acesso em 24/11/2018.

Formado está o paradoxo, de um lado o Poder Judiciário é mal avaliado pela população e por outro lado a população, insolitamente, o procura, como se fosse o único meio de solução de seus conflitos. Prelecionam Eudes Vitor Bezerra e Sérgio Pereira Braga que “talvez seja mais problemático sair da Justiça do que entrar nela”.³⁴ Entendendo a questão judiciária no Brasil como multifacetada e polifórmica, e nesse espectro:

que porventura não vem sendo tomado em sua integral complexidade, deve estar à base da pouca eficiência das medidas até hoje encetadas, com ênfase no manejo quantitativo da crise numérica dos processos. [...] A crise numérica dos processos no Brasil não pode ser avaliada somente sob a ótica processual ou da insegurança jurídica, pois, tais fenômenos não são isolados e se conectam com outras crises e insatisfações que fragilizam as relações sociais e aumentam a litigiosidade.³⁵

Para Mônica Bonetti Couto e Laís Santana da Rocha Salvetti Teixeira, no tocante ao acesso à justiça, “paira certa timidez na reflexão a respeito do seu oposto. Por isso, considerando que acesso, ingresso e entrada são expressões sinônimas, como fazer considerações sobre o antônimo da expressão, o avesso do acesso à justiça.”³⁶ Além do problema de conseguir ingressar na justiça, há o problema de sair da justiça, ou seja, a necessidade de solução do conflito judicializado, e com isso também a efetividade da Justiça e uma duração temporal razoável no ritmo da sociedade moderna. Nesse sentido, para as aludidas autoras:

É dizer, não bastará acessar o Judiciário. É imprescindível que o jurisdicionado obtenha, em tempo ‘razoável’, a tutela jurisdicional efetiva, justa. [...] A posituação do direito fundamental à razoável duração reforçou o processo de *dinamo genesis* que atinge o direito processual contemporâneo, cuja tônica é projetar resultados positivos tanto no que diz respeito ao aprimoramento do conteúdo das decisões judiciais, quanto no que diz respeito à necessidade de abreviar o tempo que os processos levam para produzir resultados³⁷

34. BEZERRA, Eudes Vitor; BRAGA, Sérgio Pereira. Justiça Brasileira: Fácil de Entrar, Difícil de Sair um Olhar Sobre a Crise Numérica dos Processos. *Revista Cidadania e Acesso à Justiça*, v. 2, n. 1, 2016, p. 129.

35. *Idem*.

36. TEIXEIRA, Laís Santana da Rocha Salvetti; COUTO, Mônica Bonetti. O avesso do acesso à justiça e o paradigma da eficiência. Em: II Congresso Nacional da Federação de Pós-Graduandos em Direito - FEPODI, 2013, São Paulo. *Anais do II Congresso Nacional da Federação de Pós-Graduandos em Direito* - FEPODI, v. 01, p. 98-103, 2013, p. 98.

37. TEIXEIRA; COUTO, *op. cit.*, p. 100.

Tal temática, ainda, apresenta alguns questionamentos: Qual o significado do princípio da eficiência aplicado ao Poder Judiciário? Até que ponto a eficiência do Judiciário pode ser aferida, legitimamente, a partir de critérios da administração e da economia, classicamente usados na avaliação do desempenho das atividades empresariais?³⁸

Dentre os direitos fundamentais, encontra-se o direito à efetividade do processo, também denominado direito de acesso à justiça ou direito à ordem jurídica justa. É dizer, todos têm direito à tutela jurisdicional do Estado, desde que “apta a conferir tempestiva e adequada satisfação de um interesse juridicamente protegido, em favor de seu titular, nas situações em que isso não se verificou de forma natural e espontânea”.³⁹

Com base no princípio da eficiência administrativa (art. 37 da CF/88) incluído pela Emenda Constitucional 19/1998, questiona-se a acepção e extensão do direito à razoável duração do processo, ou seja, “qual o significado da eficiência no âmbito do Poder Judiciário. Ou, em outras palavras, se a expressão eficiência do Judiciário é análoga – e atrai a mesma compreensão, devendo subordinar-se às mesmas regras de mensuração – à eficiência da Administração Pública.”⁴⁰

A eficiência da Administração Pública não é, e nem pode ser, a mesma da iniciativa privada⁴¹, assim como não pode ser equiparada a eficiência de uma organização ou de um indivíduo, ainda que este seja o agente público. Prelecionam Samantha Meyer-Pflug e Sérgio Braga que: “Essa questão se torna ainda mais relevante quando se está diante da aplicação do princípio da eficiência na administração da justiça”.⁴² A Administração Pública

38. COUTO, Mônica Bonetti; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Poder Judiciário, justiça e eficiência: caminhos e descaminhos rumo à justiça efetiva. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 63, dez. 2014, p. 07.

39. Idem, p. 05.

40. Ibidem.

41. Para Samantha Ribeiro MEYER-PFLUG e Sérgio Pereira BRAGA, no artigo O Conselho Nacional de Justiça e suas contribuições para uma administração eficiente da justiça (2013, p. 508), a eficiência para a administração pública significa estar de acordo com o princípio insculpido no art. 37 da Constituição Federal, ou seja, a subsunção do fato à legislação que rege os atos públicos. Já a eficiência para a administração privada, em uma análise superficial, é fazer mais com menos. Trata-se de utilizar conhecimentos próprios das ciências gerenciais para organizar suas atividades meio e fim. É trabalhar com ferramentas que propiciem uma contínua melhora nos resultados, tanto de caráter técnico operacional como, por exemplo, o controle de custos, o planejamento estratégico, a organização e métodos, o uso correto da tecnologia (e não apenas a compra de equipamentos), como também cuidar do ser humano, expressão última de toda atividade seja ela pública ou privada.

42. MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; BRAGA Sérgio Pereira. O Conselho Nacional de Justiça e suas contribuições para uma administração eficiente da justiça. *Direito e sustentabilidade [Recurso eletrônico on-line]* organização : CONPEDI/ UNICURITIBA; coordenadores: Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches, Carlos André Bimfeld, Luiz Ernani Bonesso de Araujo.–

deve oferecer condições para desburocratização e modernização de sua estrutura e atuação, com a profissionalização de pessoal, baseando-se nos novos modelos de gestão, priorizando agilidade e produtividade, mas com manutenção do respeito aos princípios constitucionais.⁴³

Os agentes públicos são importantes nesse processo, mas o mais importante é que os juízes se tornem aptos a administrar, bem como seja levada a efeito uma mudança significativa na formação e na cultura dos futuros profissionais do direito. Essa é uma tarefa que deve ser iniciada nas salas de aula das faculdades de direito. Deve-se inserir nas grades curriculares dos cursos de direito, noções de gestão e organização da justiça. De igual modo cabe ao Conselho Nacional de Justiça, por sua função institucional, “suscitar o debate em torno da necessidade de se reformular a grade dos cursos de direito no Brasil, de molde a contemplar disciplinas relativas à gestão da justiça”.⁴⁴ Vale dizer que no modelo atual o bacharel em direito, que é preparado tecnicamente e aprovado em concurso público para o cargo de juiz, apesar de não ter:

nenhuma aptidão para a gestão de pessoas, se vê obrigado a cuidar de uma serventia, gerindo pessoas e realizando atividades que nada têm a ver com o seu objetivo inicial, qual seja, dizer o direito. São os gestores que dão o ritmo e impõem as metas e objetivos a serem alcançados por todos os envolvidos na prestação jurisdicional, direta ou indiretamente, daí a importância de se medir e alinhar os conhecimentos técnicos e pessoais dos gestores e colaboradores com o planejamento estratégico.⁴⁵

Atualmente todo juiz é um gestor, pois desempenha atividades de administração da Justiça e gestão, seja qual instância ocupe o magistrado, comandando atividades-meio no âmbito do fórum, como gerenciar os recursos materiais e humanos, mas ainda direcionado a entrega da prestação jurisdicional à sociedade. Assinalam Samantha Meyer-Pflug e Sérgio Braga que: “Incumbe, pois, ao Conselho Nacional de Justiça, dentre outras entidades, fomentar a discussão e tomar as medidas necessárias para que tais mudanças ocorram para se obter o desiderato constitucional de uma justiça mais célere.”⁴⁶ Para se “alcançar o melhor resultado quantitativo e qualitativo possível, em face das necessidades públicas existentes”.⁴⁷ Para

Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 495.

43. MEYER-PFLUG; BRAGA, op. cit., p. 509.

44. Ibidem, p. 511.

45. Ibidem, p. 514.

46. Ibidem, p. 516.

47. COUTO, Mônica Bonetti; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Poder Judiciário, justiça e eficiência: caminhos e descaminhos rumo à justiça efetiva*. Revista de Doutrina da 4ª Região,

Heitor Vitor Mendonça Sica⁴⁸ o cidadão permanece investido do direito de acessar individualmente o Poder Judiciário, contudo:

apesar de algumas vias expressas, a tramitação do seu processo é quase que inevitavelmente lenta e, o que é pior, com pronunciada tendência de a demanda ser tratada sem qualquer cuidado e julgada “em bloco“. O acesso à justiça, sob essa perspectiva, torna-se em alguma medida um tanto ilusório.

Para Eudes Vitor Bezerra e Sérgio Pereira Braga o direito ao “justo processo”, trata-se não apenas de um processo formal-estático, mas a garantia mínima de meios e resultados, pois “deve ser concretizada não apenas a suficiência quantitativa mínima dos meios processuais, mas também um resultado qualitativo. O processo justo é aquele moldado conforme as garantias processuais constitucionais.”⁴⁹ A garantia da duração razoável do processo “não significa que todos os processos deverão seguir uma tramitação uniforme, rápida e padronizada, pois, cada caso submetido ao Judiciário tem suas peculiaridades”.⁵⁰

No teor da Reforma do Poder Judiciário, levada a cabo pela Emenda Constitucional n. 45/04 constata-se uma nítida preocupação sobre o que se entende por “eficiência do Poder Judiciário”, mas aquela, precipuamente, pautada em critérios quantitativos e na rapidez de prolação de sentenças, qual seja, a eficiência ou rapidez obtida “a qualquer preço” ou “a qualquer título”. No entanto, é imprescindível considerar que quantidade nem sempre é sinônimo de qualidade.

Importante também analisar, nesse contexto, a “febre do eficientismo” que acaba por impor a necessidade de “processos quase instantâneos, no âmbito dos quais são proferidas decisões sem uma atenção mais acurada e detida sobre as particularidades e complexidades de certas demandas.”⁵¹ Destarte, deve-se priorizar a efetividade do processo e da Justiça, e não apenas a celeridade, em detrimento de garantias fundamentais,

Porto Alegre, n. 63,dez. 2014, p. 06.

48. SICA, Heitor Vitor Mendonça. Congestionamento viário e congestionamento judiciário: reflexões sobre a garantia de acesso individual ao poder judiciário. In: *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Coordenação José Roberto dos Santos Bedaque, Lia Carolina Batista Cintra, Elie Pierre Eid. 1ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016, p. 147.

49. BEZERRA, Eudes Vitor; BRAGA, Sérgio Pereira. Justiça Brasileira: Fácil de Entrar, Difícil de Sair um Olhar Sobre a Crise Numérica dos Processos. *Revista Cidadania e Acesso à Justiça*, v. 2, n. 1, 2016, p. 132.

50. Idem, p. 140.

51. COUTO, Mônica Bonetti; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Poder Judiciário, justiça e eficiência: caminhos e descaminhos rumo à justiça efetiva. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 63,dez. 2014, p. 06.

além da própria duração mínima dos processos. Neste sentido, necessário é “evidenciar que a duração excessiva dos pleitos é um mal, mas que um processo instantâneo igualmente o é”.⁵² Contudo, não se está aqui a afirmar que:

as metas do CNJ e das corregedorias dos tribunais são de todo ilegítimas, ou descabidas. Ao contrário, o que se preconiza, em relação ao tema, é que sejam refletidos os critérios que têm em conta apenas a referência quantitativa. Indagar-se-á ainda se esses mesmos critérios, quando aplicados, de fato poderão gerar os resultados esperados. Em outros termos, dever-se-á indagar se as ações propostas implicam maior qualidade nos julgamentos e, por consequência, maior percepção de Justiça pela sociedade.⁵³

Outrossim, cumpre assinalar que o Brasil tem um dos Poderes Judiciários mais caros do mundo⁵⁴, as despesas totais do Poder Judiciário em 2017, correspondem a 1,4% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional⁵⁵, portanto, a solução não está “exclusivamente no aumento do número de magistrados, pois quanto mais fácil for o acesso à Justiça, quanto mais ampla a universalidade da jurisdição, maior será o número de processos, formando uma verdadeira bola de neve.”⁵⁶

Assim como a sociedade, o Direito passa por um processo de reciclagem constante, para se adaptar as novas realidades. Nesse sentido questiona José Renato Nalini: “Seria demais afirmar que a Justiça convencional, com seu sofisticado processo, com suas quatro instâncias, com o monopólio do profissional provido de capacidade postulatória esteja ameaçada pelo fantasma da inutilidade?”⁵⁷

No Brasil a tentativa de superação do excesso de processos tem se dado precipuamente pela via da reforma legislativa, tanto que o Código de

52. Idem.

53. Ibidem, p. 07.

54. Justificar tantos gastos para manter a estrutura do Judiciário não é uma tarefa difícil: são ao todo 05 tribunais superiores; 27 tribunais de Justiça estaduais; 03 tribunais militares estaduais; 27 Justiças Eleitorais nos Estados; 05 regiões da Justiça Federal, além de 24 regiões da justiça do Trabalho. Com 390 mil funcionários e 16,2 mil juízes, sendo que nenhum outro país do mundo emprega tantos funcionários na área como o Brasil. O resultado é uma carga total de 6.531 processos por juiz a cada ano, em que seria necessário o julgamento de 33 processos diariamente, mas em média, cada processo leva 05 anos para sair da primeira instância. Disponível em <<https://super.abril.com.br/sociedade/a-insustentavel-lerdeza-do-judiciario/>> acessado em 20/11/2018.

55. Disponível em <https://www.jota.info>. Acessado em 20/11/2018.

56. GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. *Revista da Escola Nacional de Magistratura*, v. 2, n. 5, abr. 2008, p. 24.

57. NALINI, José Renato. O judiciário, a eficiência e os alternative dispute Resolution (ADR). *Revista Direito e Liberdade – RDL – ESMARN* – v. 20, n. 1, p. 55-66, jan./abr. 2018, p. 57.

Processo Civil de 1973, sofreu mais de sessenta alterações até ser revogado em 2015. O novo Código de Processo Civil recebeu alterações “na estrutura processual, sem, contudo, atentar para outros fatores que influem na tempestividade da Justiça.”⁵⁸

Com a Reforma do Judiciário, trazida pela Emenda Constitucional n.45/04, trouxe em seu bojo, a criação do Conselho Nacional de Justiça; a eliminação das férias coletivas nos juízos de primeiro grau e nos tribunais de segundo grau (art. 93, inc. XII, da CF/88); a previsão da distribuição imediata dos processos, em todos os graus de jurisdição; a instituição de um mecanismo de filtragem aos recursos extraordinários, mediante a necessidade de demonstração da repercussão geral (art. 102, §3º da CF/88), e da súmula vinculante (art. 103-A da CF/88). De igual modo, no inc. LXXVIII do art. 5 do Texto Constitucional passou a assegurar a todos expressamente, tanto no âmbito judicial quanto no administrativo, “a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

As alterações legislativas tiveram um efeito didático, pois em termos práticos pouco resultado teve o acréscimo deste direito no rol constitucional, já que antes mesmo, podia se entender que a razoável duração do processo é inerente à própria garantia de acesso à justiça, pois se a atividade jurisdicional é “morosa e/ou ineficiente esvazia por completo o conteúdo do direito ao acesso à justiça. Em outros termos: o acesso à justiça só é amplo e eficazmente garantido com o asseguramento de uma justiça célere, efetiva e justa”.⁵⁹

O próprio inciso XXXV do artigo 5º da CF/88⁶⁰, segundo Rodolfo de Camargo Mancuso, acabou por descolar o dispositivo da realidade judiciária contemporânea, extraindo do enunciado legal premissas de garantias, deveres e direitos, e nestas “ilações exarcebadas: a garantia de acesso à Justiça, a universalidade da jurisdição, a ubiquidade da justiça, tudo, ao fim e ao cabo, estimulando demandismo judiciário e por pouco não convertendo o direito de ação em (...) dever de ação!”.⁶¹

58. BEZERRA, Eudes Vitor; BRAGA, Sérgio Pereira. Justiça Brasileira: Fácil de Entrar, Difícil de Sair um Olhar Sobre a Crise Numérica dos Processos. *Revista Cidadania e Acesso à Justiça*, v. 2, n. 1, 2016, p. 122.

59. COUTO, Mônica Bonetti; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Poder Judiciário, justiça e eficiência: caminhos e descaminhos rumo à justiça efetiva. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 63, dez. 2014, p. 03.

60. XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

61. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. 2ª ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revita dos Tribunais, 2015, p.205.

MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS PARA O ACESSO À JUSTIÇA

Como visto anteriormente, o Poder Judiciário Nacional está enfrentando dificuldades em gerir a sobrecarga excessiva de processos, o que vem gerando a crise de desempenho e a conseqüente perda de credibilidade. Para Kazuo Watanabe⁶² essa situação decorre, em parte, das transformações da própria sociedade brasileira, assim como de intensa conflituosidade decorrente de inúmeros fatores. Tem-se uma economia de massas, mas com conflitos ainda sendo levados a judicialização de forma molecular, ao invés de ações coletivas, o que vem gerando o fenômeno de processos repetitivos, que provoca sobrecarga processual.

Nesse sentido, merecem destaque as demais alternativas de resolução dos conflitos, conhecidas pela sigla ADR “Alternative Dispute Resolution” e no Brasil a sigla MASC “Métodos Adequados de Solução de Conflitos”. Dentre os vários métodos há um amplo espectro “que vão do menos formal – negociação, conciliação, facilitação, mediação, méd-arb, arbitragem – até o esquema mais formal – procedimentos determinados por tribunal, híbridos e julgamento por tribunal convencional.”⁶³ Para José Renato Nalini, nem todos os métodos do direito anglo-saxão podem ser utilizados no Brasil, contudo:

a criatividade brasileira é muito maior; se houver vontade, esse espírito de criação de novas alternativas de pacificação produzirá milagres. O essencial é desarmar-se, com abandono da blindagem do formalismo estéril, mais ousadia saudável. Compreender que as questões humanas não são insolúveis, desde que haja mútuo interesse em alcançar o ponto de equilíbrio. A humanidade litiga cada vez mais. Há muito mais a se fazer na vida do que demandar. A existência do homem é frágil e efêmera. Poucas décadas e se deixará este planeta. Por que não aproveitá-las melhor?⁶⁴

Para Ada Pellegrini Grinover⁶⁵ o renascer das vias conciliativas é consequência da crise da Justiça, mas ainda não se faz presente uma “cultura de conciliação”. Diante da excessiva morosidade dos processos, elevados custos, a burocratização, a mentalidade do juiz na gestão dos

62. WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. In: *Revista de Processo*. 2011 p. 381-382.

63. NALINI, José Renato. O judiciário, a eficiência e os alternative dispute Resolution (ADR). *Revista Direito e Liberdade – RDL – ESMARN* – v. 20, n. 1, p. 55-66, jan./abr. 2018, p.60.

64. Idem, p.65.

65. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os fundamentos da justiça conciliativa*. *Revista da Escola Nacional de Magistratura*, v. 2, n. 5, abr. 2008, p. 23.

conflitos, somado ainda a falta de informação e de orientação dos litigantes e as deficiências do patrocínio gratuito, são fatores que levam à obstrução das vias de acesso à Justiça, assim como ao distanciamento entre o Poder Judiciário e seus usuários, pois não acarreta apenas o descrédito na magistratura e nos demais operadores do Direito, mas também:

tem como preocupante consequência a de incentivar a litigiosidade latente, que freqüentemente explode em conflitos sociais, ou de buscar vias alternativas violentas ou de qualquer modo inadequadas (desde a justiça de mão própria, passando por intermediações arbitrárias e de prepotência, para chegar até os “justiceiros”).⁶⁶

Independentemente das denominações, tais métodos vêm se mostrando como um complemento ao sistema judicial tradicional de Justiça ou como alternativa ao processo convencional para a resolução de conflitos, assim como atrelados à ideia de Justiça Restaurativa. Para José Eustáquio Romão, que cunhou a denominação Justiça Dialógica⁶⁷, entende que “a “Justiça Restaurativa” vem sendo implantada tanto em um sentido quanto noutro, porque ela pode se alternar (no sentido de alternância) com a justiça comum, ou até mesmo substituí-la, como já ocorre em muitos casos”.⁶⁸

Nesse sentido, Kazuo Watanabe entende que a mencionada crise, também, é reflexo da falta de uma política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses. Embora os esforços adotados pelo Conselho Nacional de Justiça e nos Tribunais de Justiça dos Estados e pelos Tribunais Regionais Federais, “não há uma política nacional abrangente, de observância obrigatória por todo o Judiciário Nacional, de tratamento adequado dos conflitos de interesses.”⁶⁹ Com a instituição de uma política pública judiciária, se proporcionaria aos jurisdicionados uma solução mais adequada dos conflitos, além de se efetivar um importante filtro da litigiosidade, que:

ao contrário de barrar o acesso à justiça, assegurará aos jurisdicionados o acesso à ordem jurídica justa, e além disso atuará de modo importante na redução da quantidade de conflitos a serem ajuizados e também, em relação aos conflitos judicializados ou que venham a ser judicializados, a sua solução pelos mecanismos de solução consensual dos conflitos, o que certamente determinará a redução

66. Idem.

67. ROMÃO, José Eustáquio. *Justiça Dialógica*. Conferência “Direito e Educação”, Universidade Nove de Julho, Unidade Vergueiro-São Paulo/SP, p.20, em 19 de abril de 2018, p. 16.

68. Idem, p. 13.

69. WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. In: *Revista de Processo*. 2011, p. 382.

substancial da quantidade de sentenças, de recursos e de execuções judiciais.⁷⁰

De tal forma, promoveria o ‘fundamento social’ das vias conciliativas, qual seja, sua função de pacificação social. Conforme Ada Pellegrini Grinover⁷¹, esta não vem sendo alcançada com a sentença, já que esta se limita a autoritariamente decidir o caso concreto, que em grande parte não é acolhido pelo vencido, que muitas vezes se insurge com os meios de execução, que também é fator que alavanca a crise do Judiciário. Necessário é pacificar a lide sociológica, que:

em geral mais ampla, da qual aquela emergiu, como simples ponta do iceberg. Por isso mesmo, foi salientado que a justiça tradicional se volta para o passado, enquanto a justiça informal se dirige ao futuro. A primeira julga e sentencia; a segunda compõe, concilia, previne situações de tensões e rupturas, exatamente onde a coexistência é um relevante elemento valorativo.⁷²

Os MASC têm a eficiência e a celeridade processual, como algo inerente a sua aplicação, pois com o advento de acordo das partes envolvidas proporciona rapidez e economia na solução das causas judicializadas, “quer porque põe fim ao litígio, pelo fato de que desde logo, o autor recebe a contraprestação acordada, quer porque, também, restabelece a amizade, muitas vezes rompida pelo ajuizamento da ação”⁷³, ou seja, seu objetivo maior é certamente a pacificação social, que não vem sendo alcançada com a sentença.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para se obter uma Justiça mais igualitária, acessível e rápida, necessária se faz a “participação da universidade ao propiciar uma mudança do perfil do profissional da justiça, em especial ao gestor, que pode colaborar para alcançar esse desiderato”⁷⁴. Assim como, “combater a morosidade na

70. Idem, p. 384.

71. GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. *Revista da Escola Nacional de Magistratura*, v. 2, n. 5, abr. 2008, p. 25.

72. Idem.

73. CAMBI, Acácio. A importância da conciliação no Direito de Família. In: *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. Coordenação Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Tereza Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.748.

74. MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; BRAGA Sérgio Pereira. O Conselho Nacional de Justiça e suas contribuições para uma administração eficiente da justiça. Direito e sustentabilidade [Recurso eletrônico on-line] organização : In.: *CONPEDI/ UNICURITIBA*; coordenadores: Samyra Haydée Dal Farra Napolini Sanches, Carlos André Bimfeld, Luiz Ernani Bonesso de Araujo.—Florianópolis: FUNJAB, 2013, p.495.

Justiça, mesmo sem grandes alterações legislativas e com absoluto respeito à independência dos magistrados⁷⁵. Contudo, os cursos de Direito não são os únicos responsáveis pela implementação de mudanças que levam à eficiência do serviço público, cumpre levar a efeito uma desburocratização da administração pública, bem como a adoção de novos modelos de gestão com ênfase na produtividade.⁷⁶

Nesse sentido, é necessária maior atenção ao excesso no contingente de demandas judiciais no Brasil, em que, apesar das mudanças e modernização das atividades judiciais, vêm se mostrando de forma vagarosa e progressiva sobre a entrada e encerramento das causas judicializadas. Demonstrando que ainda há insatisfatória eficiência das instâncias judiciais em gerenciar e resolver conflitos que “acabam desaguando no Poder Judiciário, à sua vez já no limite de sua capacidade, diante do incessante aumento do espantoso estoque de processos represados”.⁷⁷

Atualmente, quem opta a ir a Justiça é o réu, e o Estado, quando figura neste papel, prefere pagar seus compromissos pelas filas do precatório. Por isso, o “acesso à justiça será sempre uma combinação de responsabilidade pública, compromisso, com a igualdade e gestão democrática. Contudo, o Judiciário jamais dará conta de resolver a ausência do Estado. É preciso sair do Judiciário e entrar na Justiça”.⁷⁸ Para José Renato Nalini, no Brasil, apenas se sabe o momento em que a demanda judicial tem início, sendo que:

ninguém pode garantir ao certo quando ela termina. Por isso é que a aventura judicial é um terreno minado prenhe de surpresas. A deformação é tamanha, que não se garante vença o contendor provido de maior razão. Tudo vai depender de um território obscuro, já chamado arena de astúcias e condicionado ao talento dos profissionais, suas concepções de vida, ideologias, vícios e idiossincrasias.⁷⁹

75. MORAES, Alexandre de. Consumidor e direito à prestação jurisdicional eficiente e célere. Em: *Lições de Direito Constitucional- estudos em homenagem ao Professor Jorge Miranda*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 54.

76. MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; BRAGA Sérgio Pereira. O Conselho Nacional de Justiça e suas contribuições para uma administração eficiente da justiça. Direito e sustentabilidade [Recurso eletrônico on-line] organização : In.:CONPEDI/ UNICURITIBA; coordenadores: Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches, Carlos André Bimfeld, Luiz Ernani Bonesso de Araujo.–Florianópolis: FUNJAB, 2013, p.513.

77. BEZERRA, Eudes Vitor; BRAGA, Sérgio Pereira. Justiça Brasileira: Fácil de Entrar, Difícil de Sair um Olhar Sobre a Crise Numérica dos Processos. In.:*Revista Cidadania e Acesso à Justiça*, v. 2, n. 1, 2016, p. 129.

78. BEZERRA; BRAGA, op. cit., p. 144.

79. NALINI, José Renato. O futuro da Segurança Jurídica. In: *Segurança jurídica no Brasil*. Organizador Marco Túlio Bottino. São Paulo: RG Editores, 2012, p.115.

Além disso, o Conselho Nacional de Justiça deve primar pela defesa dos consumidores à prestação jurisdicional, numa conduta pró-ativa e não reativa, como vem fazendo com foco direcionado à quantidade de demandas judiciais, ao que deveria incentivar uma visão mais humanizada no tratamento aos jurisdicionados. Entendendo o direito a serviço do ser humano, como uma ferramenta para sanar injustiças, promover a pacificação entre pessoas, harmonizando a sociedade, elementos imprescindíveis para construção do convívio fraterno, justo e solidário.⁸⁰

Fixar plano de metas e prazos aos Tribunais para que realizem convocação de mutirões e outros procedimentos, adequados e necessários para promoção do acesso à justiça.⁸¹ Atualmente a Meta 1, do Conselho Nacional de Justiça, dentre as Metas Nacionais para 2018⁸², aprovadas no XI Encontro Nacional do Poder Judiciário, é a de julgar mais processos que os distribuídos. E o Conselho Nacional de Justiça vem promovendo, por exemplo, além das Metas Nacionais, os Mutirões Carcerário, da Cidadania e do Judiciário no combate à violência doméstica.

Incentivar também as soluções para além do processo com os meios adequados de solução de conflitos. Para além da Meta 3, do Conselho Nacional de Justiça, dentre as Metas Nacionais para 2018⁸³, de, não apenas aumentar os casos solucionados por conciliação na Justiça Federal e Justiça do Trabalho, mas em todo o âmbito do Poder Judiciário. A perspectiva da Meta 3, apenas reforça a predominância em nosso Judiciário da solução adjudicada dos conflitos, tendo por resultado a sentença de um juiz, ou seja, a chamada “cultura da sentença”⁸⁴ Entendendo Kazuo Watanabe que a incorporação dos outros métodos de resolução de conflitos, privilegiando os consensuais, à disposição do Judiciário, resultaria no tratamento adequado aos conflitos sociais, o que:

não somente reduziria a quantidade de sentenças, de recursos e de execuções, como também, o que é de fundamental importância para a transformação social com mudança de mentalidade, propiciaria uma solução mais adequada aos conflitos, com a consideração das peculiaridades e especificidades dos conflitos e das particularidades das

80. *Idem*, p.120.

81. MORAES, Alexandre de. Consumidor e direito à prestação jurisdicional eficiente e célere. Em: *Lições de Direito Constitucional- estudos em homenagem ao Professor Jorge Miranda*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 54-55.

82. Disponível em <http://www.cnj.jus.br>

83. Disponível em <http://www.cnj.jus.br>

84. WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. In: *Revista de Processo*. 2011, p. 382.

pessoas neles envolvidas.⁸⁵

Uma Justiça inacessível e ineficiente coloca em risco o Estado de Direito, assim como é estímulo a litigiosidade e a seletividade dos litigantes. Tonando-se uma Justiça inchada, com demandas que pouco tem a ver com a garantia de direitos, que é condição imprescindível ao Estado Democrático de Direito e as liberdades individuais.

Para José Afonso da Silva, qualquer reforma do Poder Judiciário, para ser legítima “há que estar fundamentada na ampliação do acesso da cidadania à Justiça, da melhoria dos serviços judiciários, da realização do processo justo. Do contrário será um novo engodo ao povo”.⁸⁶ Sendo que em nosso Estado Democrático de Direito trata-se de princípio, garantia e direito fundamental o acesso à justiça, direcionado a todos para proteção de seus direitos. “Trata-se de princípio que concretiza, dentre outros, o princípio da igualdade e o da legalidade – princípios fundamentais do Estado de Direito.”⁸⁷

Por fim, é permitir que o processo seja iluminado pelos valores constitucionais, que tenha uma duração razoável, mas que não dispense as formalidades mínimas, primando pela segurança jurídica. Ponderar a celeridade e a segurança jurídica, que, em sua aparente colidência, revelam-se como condição legitimadora das mudanças a serem promovidas para superação da crise da Justiça Brasileira. “Encontrar a “fórmula” intermediária, na qual o processo prime pela qualidade de pronunciamentos, mas sem descuidar-se do tempo (em alguns casos, urgente), e com isso se alcance um novo e particular (porque atento às peculiaridades da Justiça) conceito de eficiência.”⁸⁸

85. WATANABE, Kazuo, *op. cit.*, p. 382-383.

86. DA SILVA, José Afonso. Acesso à Justiça e Cidadania em Face da Reforma do Poder Judiciário. In: *Direito constitucional brasileiro: perspectivas e controvérsias contemporâneas*. Coordenadoras Regina Quaresma et al.. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.160.

87. FERRAZ, Anna Candida da Cunha. O acesso à Jurisdição Constitucional como caminho para a sua democratização. In: *Coletânea de estudos jurídicos*. Coordenadoras Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, et.al. colaboradora Samantha Ribeiro Meyer-Pflug. Brasília: Superior Tribunal Militar, 2008, p. 481.

88. COUTO, Mônica Bonetti; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Poder Judiciário, justiça e eficiência: caminhos e descaminhos rumo à justiça efetiva. In.: *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 63,dez. 2014, p. 08.

REFERÊNCIAS

BEZERRA, Eudes Vitor; BRAGA, Sérgio Pereira. Justiça Brasileira: Fácil de Entrar, Difícil de Sair um Olhar Sobre a Crise Numérica dos Processos. *Revista Cidadania e Acesso à Justiça*, v. 2, n. 1, 2016.

CAMBI, Accácio. A importância da conciliação no Direito de Família. In: *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. Coordenação Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Tereza Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

CIAMPAGLIA, Silvio. Segurança jurídica é princípio fundamental nas democracias. In: *Segurança jurídica no Brasil*. Organizador Marco Túlio Bottino. São Paulo: RG Editores, 2012.

COUTO, Mônica Bonetti; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Poder Judiciário, justiça e eficiência: caminhos e descaminhos rumo à justiça efetiva. *Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre*, n. 63,dez. 2014.

CHALITA, Gabriel. Princípio da Segurança Jurídica. In: *Segurança jurídica no Brasil*. Organizador Marco Túlio Bottino. São Paulo: RG Editores, 2012.

DALLARI, Adilson Abreu. Segurança Jurídica e anulação do contrato administrativo. In: *Segurança jurídica no Brasil*. Organizador Marco Túlio Bottino. São Paulo: RG Editores, 2012.

DA SILVA, José Afonso. Acesso à Justiça e Cidadania em Face da Reforma do Poder Judiciário. *Direito constitucional brasileiro: perspectivas e controvérsias contemporâneas*. Coordenadoras Regina Quaresma et al.. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Serviços Públicos*. Tratado de direito administrativo. Coordenadores Adilson Abreu Dallari, Carlos Valder do Nascimento, Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. O acesso à Jurisdição Constitucional como caminho para a sua democratização. *Coletânea de estudos jurídicos*. Coordenadoras Maria Elizabeth Guimarães Teirxeira Rocha, et.al. colaboradora Samantha Ribeiro Meyer-Pflug. Brasília: Superior Tribunal Militar, 2008.

_____ ; ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Direito constitucional: teoria geral da constituição*. Organizadores Clèmerson Merlin Clève, Luís Roberto Barroso. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. *Revista da Escola Nacional de Magistratura*, v. 2, n. 5, abr. 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas. 2ª ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. A Constituição de 1988 e sua regulamentação. *Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC - Nomos*, v. 28, n. 1, 2008.

_____; BRAGA Sérgio Pereira. O Conselho Nacional de Justiça e suas contribuições para uma administração eficiente da justiça. *Direito e sustentabilidade [Recurso eletrônico on-line] organização : CONPEDI/ UNICURITIBA*; coordenadores: Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches, Carlos André Bimfeld, Luiz Ernani Bonesso de Araujo.– Florianópolis: FUNJAB, 2013.

MORAES, Alexandre de. Consumidor e direito à prestação jurisdicional eficiente e célere. Em: *Lições de Direito Constitucional- estudos em homenagem ao Professor Jorge Miranda*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NALINI, José Renato. O judiciário, a eficiência e os alternative dispute Resolution (ADR). *Revista Direito e Liberdade – RDL – ESMARN – v. 20*, n. 1, p. 55-66, jan./abr. 2018.

_____. O futuro da Segurança Jurídica. In: *Segurança jurídica no Brasil*. Organizador Marco Túlio Bottino. São Paulo: RG Editores, 2012.

PASSOS, J.J. Calmon de. Democracia, participação e processo. In: *Participação e processo*. Coordenação Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

ROCHA, Cesar Asfor. A luta pela efetividade da jurisdição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

ROMÃO, José Eustáquio. Justiça Dialógica. Conferência “Direito e Educação”, Universidade Nove de Julho, Unidade Vergueiro-São Paulo/ SP, p.20, em 19 de abril de 2018.

SADEK, Maria Tereza; LIMA, Fernão Dias de; ARAÚJO, José Renato de Campos. O judiciário e a prestação de justiça. In: *Acesso à justiça*. Organização Maria Tereza Sadek. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Congestionamento viário e congestionamento judiciário: reflexões sobre a garantia de acesso individual ao poder judiciário. In: Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo. Coordenação José Roberto dos Santos Bedaque, Lia Carolina Batista Cintra, Elie Pierre Eid. 1ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016.

TOSHIO, Mukai. Comentários ao código de proteção do consumidor. Coordenador Juarez de Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1991.

TEIXEIRA, Laís Santana da Rocha Salvetti; COUTO, Mônica Bonetti. O avesso do acesso à justiça e o paradigma da eficiência. Em: II Congresso Nacional da Federação de Pós-Graduandos em Direito - FEPODI, 2013, São Paulo. Anais do II Congresso Nacional da Federação de Pós-Graduandos em Direito - FEPODI, v. 01, p. 98-103, 2013.

WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. In: Revista de Processo. 2011.

CAPÍTULO 43

“ESTATUTO DA CIDADE” E CONTROLE SOCIAL ORÇAMENTÁRIO

SÉRGIO ASSONI FILHO

Doutor e Mestre pelo Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professor Doutor da Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Parecerista e Conferencista. Advogado.

INTRODUÇÃO

A eclosão do fenômeno urbanístico brasileiro é relativamente recente, pois os registros históricos datam de aproximadamente meio século, ao menos no que respeita ao crescimento de algumas cidades em progressão geométrica, quando se compara com períodos anteriores.

Disso resultando na necessidade de regulamentação jurídica da ocupação do espaço territorial em que se desenvolvem as cidades, é dizer, a ordenação do solo urbano ganhou visibilidade e passou a ser encarada como um desafio premente para a Administração Pública, uma vez que o desenvolvimento municipal, sem a adequada planificação, pode se converter em um mal de difícil ou impossível reparação.

Ademais, não basta um planejamento racional, com a observância de todos os predicados formais dos conhecimentos interdisciplinares que envolvem tal temática, caso não se atenda às expressas premissas constitucionais, concernentes às políticas de desenvolvimento urbano a implementar: a) as funções sociais da cidade; b) a garantia de bem-estar de seus habitantes.

Assim sendo, a necessidade de ordenação espacial desenvolvimentista de cada municipalidade deve ter como norte a consecução dessas premissas,

sem as quais prevalecerão interesses privados predatórios, ou seja, um cenário de barbárie imobiliária especulativa em nada condizente com a qualidade de vida dos cidadãos de cada urbe.

Daí o apelo ao legislador infraconstitucional, especialmente após a vigência da Constituição de 1988, editada no auge do processo de expansão desenfreada das maiores cidades e também de adensamento na formação de agregados complexos, as chamadas regiões metropolitanas.

Embora tardiamente, entra em vigor a lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001 (conhecida como “Estatuto da Cidade”), trazendo consigo a esperança de melhores práticas gestoras voltadas à ordenação espacial e ao desenvolvimento urbano, dentro daquelas balizas constitucionais.

Além disso, esse diploma normativo evidencia o escopo legislativo de democratizar a gestão financeira municipal, para tanto, adotando o *paradigma participativo*, em particular, buscando conferir efetividade jurídica ao *controle social orçamentário*, na forma delineada a seguir.

1 DIREITO URBANÍSTICO E “ESTATUTO DA CIDADE”

O fenômeno da moderna urbanização, máxime a partir do século passado, trouxe consigo um plexo de novos problemas jurídicos a serem enfrentados. Daí o surgimento da expressão “Direito Urbanístico”, em que o foco privatista do tratamento das referidas questões jurídicas foi colocado em segundo plano, pois a baliza para o exercício do direito de propriedade no ambiente urbano passou a ser a sua *função social*, o que demandou o deslocamento do eixo analítico em conformidade com um olhar publicista.

Assim sendo, o princípio da função social da propriedade urbana tornou-se o fio condutor das análises jurídicas relacionadas ao urbanismo, entre nós, particularmente crescente a partir da década de setenta, quando a latente necessidade de ordenação do solo urbano culminou na edição da lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979, que ficou conhecida como a “lei do parcelamento do solo urbano”, ainda vigente e alterada por diplomas normativos posteriores, tornada verdadeiro marco do “Direito Urbanístico” brasileiro, na qualidade de produção legislativa concernente à regulamentação da mencionada urbanização.

Tal atividade legiferante pontificou com a promulgação da Constituição de 1988, uma vez que o texto magno tratou o “Direito Urbanístico” com o status de disciplina jurídica autônoma, inclusive, fixando a competência legislativa concorrente sobre a matéria, cabendo à União o estabelecimento das normas gerais e aos outros entes federativos

a edição das normas específicas suplementares que se fizessem necessárias, conforme a inteligência de seus artigos 24, *caput*, I e §§1º e 2º e 30, II.

Além disso, o artigo 182 da Constituição preceitua que a política de desenvolvimento urbano tem o objetivo de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. Portanto, o “Direito Urbanístico” emerge em nosso texto constitucional, nas palavras de Carlos Ari Sundfeld, como o *direito da política de desenvolvimento urbano*, ou seja, como o conjunto de normas que disciplinam a fixação dos objetivos da política urbana, bem como dos instrumentos de sua implementação.¹

O objeto principal dessa política desenvolvimentista é a regulação do uso do solo urbano, portanto, com um nítido viés espacial, é dizer, o *direito da política espacial da cidade*, a qual precisa estar conectada à política econômica do País, até mesmo por uma questão de racionalidade decisória, pois uma política espacial localizada só terá efetividade se estiver em consonância com a política de desenvolvimento de caráter nacional. Para tanto, há premência na estruturação de planos, de modo que o *planejamento* exsurge como um grande instrumento do “Direito Urbanístico”, capaz de articular a consecução das competências materiais federativas, tendo sempre como pano de fundo a ordenação espacial urbana.

Contudo, como contraponto crítico à supracitada determinação constitucional, tem lugar a advertência feita por Marcos Jordão Teixeira do Amaral Filho, no sentido de que a expressão “funções sociais da cidade” é muito imprecisa devido à enorme gama de funções que se inter-relacionam em cada municipalidade, de modo que, em tal cenário, as decisões essencialmente políticas tendem a se isolar e prevalecer no momento de decidir quais serão as prioridades a perseguir. Por sua vez, no que respeita à expressão “bem-estar de seus habitantes”, ela também soa demasiadamente abstrata em uma sociedade tão heterogênea quanto a brasileira, fazendo assim tábula rasa das inúmeras complexidades concernentes ao nosso extrato social.²

Dessa forma, nítida era a necessidade de uma robusta regulamentação infraconstitucional dessas e de outras temáticas pertinentes à política de desenvolvimento urbano.

1. SUNDFELD, Carlos Ari. *O estatuto da cidade e suas diretrizes gerais*. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (coord.). *Estatuto da cidade - comentários à lei federal 10.257/2001*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 46-49.

2. AMARAL FILHO, Marcos Jordão Teixeira do. *Da gestão democrática da cidade*. In: MEDAUAR, Odete; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (coord.). *Estatuto da cidade: lei 10.257, de 10 de julho de 2001, comentários*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 263-264.

Nesse contexto, foi editada a lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, reconhecida pela alcunha de “Estatuto da Cidade”, como conjunto normativo que preceitua normas nacionais fixadoras de diretrizes gerais atinentes à política de desenvolvimento urbano, com o escopo de balizar o ordenamento espacial de todos os Municípios brasileiros.

Com seu advento, parâmetros normativos de controle foram criados, de maneira que passou a ser factível a aplicação de sanções, tanto quando apurada a omissão do Poder Público na promoção do adequado ordenamento territorial urbano quanto no caso de constatação de algum comportamento privado abusivo.³

2 “ESTATUTO DA CIDADE” E PLANEJAMENTO

O “Estatuto da Cidade”, em seu artigo 2º, IV, elege o *planejamento* como diretriz geral de política urbana de desenvolvimento das funções sociais da cidade, com o intuito de distribuir racionalmente a população e as atividades econômicas desenvolvidas em cada Município, a fim de corrigir eventuais distorções decorrentes de um crescimento urbano desordenado e seus consequentes impactos ambientais negativos.

Além disso, o artigo 4º desse diploma legal veicula a exigência de *planos urbanísticos* como instrumentos de implementação das políticas urbanas, enquanto pressupostos de uma ação urbanística planejada e balizadora das decisões do Poder Público, seja na esfera desenvolvimentista (planos de desenvolvimento econômico e social), seja na esfera ambiental (zoneamento ambiental) e ainda na esfera orçamentária (planificação financeira da atuação gestora a partir do espectro das dotações orçamentárias).

Ressaltando que a efetividade dos referidos instrumentos de ordenação urbanística municipal requer, invariavelmente, a aplicação de recursos públicos para as áreas que lhes são afetas, havendo *controle social* da destinação deste substrato material, pois o “Estatuto da Cidade” assegura a participação comunitária nesta fiscalização, isto é, dos cidadãos e das entidades que representam segmentos da sociedade civil, conforme estatui o § 3º de seu artigo 4º.

Aliás, tal dispositivo infraconstitucional se afina perfeitamente ao disposto na Constituição, seja na asserção genérica de que todo o poder emana do povo e será exercido diretamente ou por meio de seus representantes eleitos (§ único do artigo 1º), assim como, de forma mais específica, na

3. Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. *O estatuto da cidade e suas diretrizes gerais*. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (coord.). *Estatuto da cidade - comentários à lei federal 10.257/2001*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 49-55.

determinação de que os Municípios serão regidos por *lei orgânica*, observada a cooperação das associações representativas no planejamento municipal (*caput* e inciso XII do artigo 29).

Em suma, o “Estatuto da Cidade” exige a presença de instrumentos que concernem ao planejamento estratégico da política urbana, tornando evidente que as decisões gestoras deverão passar por tais filtros formais de índole democrática antes de serem implementadas.

Os instrumentos de planejamento urbanístico procuram vincular a atuação dos gestores municipais aos reais anseios populares, de forma que as decisões daqueles possam refletir as prioridades escolhidas por estes.

Na esteira do planejamento elaborado em parceria com a cidadania, mediante a intermediação de todo um instrumental dialógico participativo, está a chave para a obtenção de resultados mais prósperos, ou seja, uma melhoria concreta nas condições de vida da população daquela municipalidade.

Nessa direção, restariam cumpridas as exigências contidas no *caput* do artigo 182 da Constituição, quanto à política de desenvolvimento urbano, a despeito da utilização de expressões vagas por parte do legislador constituinte originário.

De acordo com a lição de Toshio Mukai, esse é o *sentido social do urbanismo moderno*, um processo de tomada de decisões consonantes às prioridades dos cidadãos daquela urbe, pois a organização global daquele espaço físico só será útil se disso resultar na melhoria das condições das vidas humanas ali estabelecidas, mesmo porque essa tarefa não é nada fácil pelo simples fato de exigir conhecimentos interdisciplinares (arquitetônicos, sociológicos, econômicos, geográficos, estatísticos, jurídicos, sanitários, biológicos, médicos e políticos).⁴

O planejamento, que precede e racionaliza o processo decisório referente ao desenvolvimento urbano, tem no *Plano Diretor* o seu grande instrumento, pois ele é a expressão concreta do atendimento às exigências fundamentais de ordenação espacial das cidades, desde que seja profícuo em promover a utilização da propriedade imobiliária urbana em conformidade com a sua função social, na dicção do § 2º do artigo 182 do nosso texto constitucional.

Como bem salienta Adilson Abreu Dallari, o exercício do direito de propriedade diz respeito a um conjunto de prerrogativas e deveres de seu proprietário, pois o ordenamento jurídico lhe impõe o “ônus” de usar

4. MUKAI, Toshio. *Direito urbano e ambiental*. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 25.

a sua propriedade imobiliária urbana não só em benefício próprio, mas também de toda a coletividade, nos termos do que vier estabelecido no Plano Diretor.⁵

3 GESTÃO DEMOCRÁTICA DAS CIDADES

Historicamente, a democracia representativa parecia suprir o problema da manutenção da legitimidade das decisões gestoras em uma sociedade de massas, permitindo que o Estado não se fechasse em si mesmo e mantivesse certa proximidade com o extrato social. Entretanto, a evolução dos tempos demonstrou sua insuficiência prática e a necessidade de abertura de canais diretos suplementares, para uma melhor acolhida das necessidades coletivas.

Despontou como alternativa a institucionalização da participação popular direta no processo de tomada de decisões públicas, daí se falar de *democracia participativa* no âmbito da gestão governamental (congregação da democracia direta com a representativa), especialmente no âmbito local, devido à proximidade natural entre gestores públicos e cidadãos.

Esse movimento de ruptura com o isolamento gestor no campo do urbanismo moderno, por meio da gestão democrática participativa das municipalidades, foi adotado expressa e amplamente pela lei nº 10.257/01, o nosso “Estatuto da Cidade”.⁶

O “Estatuto da Cidade” reafirma o princípio democrático expresso na Constituição (artigo 1º, *caput* e § único e artigo 29, XII), no sentido de que a ordenação do espaço urbano, visando ao desenvolvimento social e econômico local, contará com a participação popular.

Não à toa, o artigo 43 desse diploma legal assegura a *gestão democrática da cidade*, é dizer, a ordem jurídica urbanística requer envolvimento da cidadania na idealização e implementação das políticas públicas.

A referida gestão democrática diz respeito a um novo pacto territorial, em que os instrumentos jurídicos elencados no “Estatuto da Cidade” têm um caráter inclusivo, ou seja, não são meras ferramentas tecnocráticas, pois, em vez disso, promovem a inserção da perspectiva cidadã na ordenação espacial a ser concretizada.

5. DALLARI, Adilson Abreu. *Instrumentos da política urbana*. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (coord.). *Estatuto da cidade - comentários à lei federal 10.257/2001*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 84.

6. Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. *O estatuto da cidade e suas diretrizes gerais*. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (coord.). *Estatuto da cidade - comentários à lei federal 10.257/2001*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 56-58.

Nessa senda, o planejamento participativo das cidades, no que concerne ao exercício do direito de moradia, considerando-se não só a adequação habitacional propriamente dita, mas também o desenvolvimento sustentável de cada localidade, ganha maior relevância a partir da celebração da Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos (Istambul, 1996), que ficou conhecida como *Conferência Habitat II*, de onde adveio a “Agenda Habitat”, voltada à urbanização com responsabilidade no que tange aos assentamentos humanos. Aliás, sob tais auspícios é que foi editada a Emenda Constitucional nº 26/2000, que acresceu o termo “moradia” no rol de direitos sociais constantes do *caput* do artigo 6º de nossa Constituição.⁷

Além disso, o artigo 44 do “Estatuto da Cidade” torna condição obrigatória, para a aprovação das leis orçamentárias municipais, a realização de debates, audiências públicas e consultas públicas relativas ao conteúdo da lei orçamentária anual (LOA)⁸, da lei de diretrizes orçamentárias (LDO)⁹ e do plano plurianual (PPA)¹⁰, o que vem denominado pelo próprio legislador de *gestão orçamentária participativa*.

Ressalte-se que, em tal escopo participativo, o “Estatuto da Cidade” está em perfeita sintonia com a lei complementar nº 101, de 04 de maio de 2000 (*lei de responsabilidade fiscal*), especialmente com o que dispõe a Seção I (artigos 48, 48-A e 49) de seu Capítulo IX, intitulado “Da transparência, controle e fiscalização”.

A vigência do mencionado instrumental jurídico incita o comportamento dialético, pois a visão técnica dos gabinetes e a visão prática das ruas se complementam e tendem a racionalizar o processo decisório gestor em torno da ordenação e desenvolvimento das cidades, uma vez que munem os agentes políticos de maiores subsídios informativos.

A “participação-audição”, em que o Poder Público deve ouvir ou consultar a população, e a “participação-negociação”, em que se verifica uma troca de experiências e impressões, levam a efeito a gestão democrática das cidades, mesmo porque estão previstas no texto normativo, portanto,

7. Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari. *Gestão democrática da cidade*. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (coord.). *Estatuto da cidade - comentários à lei federal 10.257/2001*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 335-339.

8. Cf. artigos 165, III e § 5º; artigo 35, § 2º, III, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; e artigo 5º da lei complementar nº 101/2000.

9. Cf. artigo 165, II e § 2º da Constituição; artigo 35, § 2º, II, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; e artigo 4º da lei complementar nº 101/2000.

10. Cf. artigo 165, I e § 1º da Constituição; e artigo 35, § 2º, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

gozam de um “mínimo de eficácia”, justamente por não se limitarem ao papel de serem pueris recomendações, mas sim de determinações legais.¹¹

Assim sendo, destacamos a imposição legislativa de uma *gestão orçamentária participativa*, como condição sem a qual não serão aprovadas as leis orçamentárias municipais, de modo que a participação popular no planejamento orçamentário local desponta como um verdadeiro requisito de validade para a sua vigência.

4 ASSOCIATIVISMO, PARTICIPAÇÃO POPULAR E INFLUÊNCIA ORÇAMENTÁRIA LOCAL

As organizações da sociedade civil têm sido relevantes no desenvolvimento de nossas instituições e na afirmação da forma democrática de governo, especialmente como canal alternativo de expressão dos anseios coletivos não acolhidos pelas autoridades públicas.

Com a promulgação da Constituição de 1988, conhecida como “Constituição Cidadã”, vários direitos civis, políticos e sociais alcançaram o patamar de *direitos e garantias fundamentais*. A partir deste momento, diversas organizações da sociedade civil passaram a atuar para que tais direitos previstos no ordenamento fossem implementados pelos Poderes instituídos, superando assim o seu mero reconhecimento formal.¹²

As articulações políticas de viés social assumiram um caráter *propositivo* e, ao mesmo tempo, *fiscalizatório*, ou seja, a participação cidadã busca a efetividade daqueles direitos mediante a formulação de propostas factíveis à resolução dos problemas vivenciados cotidianamente, bem como objetiva supervisionar atos praticados e decisões tomadas pelos gestores públicos, a fim de apurar se, de fato, há sua consonância com os interesses da coletividade.

Desse modo, o *associativismo* emerge da concepção, encampada pela ordem jurídica vigente, de que é fundamental desenvolver um espaço público participativo ou de democracia direta, que seja capaz de aprimorar as insuficiências da democracia representativa.¹³

11. Cf. OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Comentários ao estatuto da cidade*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 137-140.

12. Cf. PINHEIRO, Paulo Sérgio; SOUZA, Luís Antônio F. *Participação política e organizações da sociedade civil em novas democracias*. Rio de Janeiro: Fundo Nacional de Cultura, 2001, p. 165-169.

13. Cf. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Sociedade civil: sua democratização para a reforma do Estado*. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (org.). *Sociedade e Estado em transformação*. São Paulo: Editora Unesp, 2001, p. 107.

Permitir, como regra, o trânsito livre de informações entre o meio social e o aparato estatal, em particular, no que respeita à adoção de políticas públicas, representa um notável progresso, pois a partilha do processo político decisório entre sociedade e Estado, mediante o fio condutor do amplo debate público, tem o condão de identificar as reais necessidades coletivas em cada contexto histórico, formando uma espécie de “esfera pública não estatal”.¹⁴

Nesse sentido, leciona Toshio Mukai, ao asseverar que as decisões do urbanismo moderno, para serem consideradas democráticas, não bastam serem tomadas pelos representantes do povo, pois a manutenção dos valores e bens comunitários é imprescindível à maximização do *bem-estar dos cidadãos*, enquanto destinatários da planificação urbanística. Desta maneira, na qualidade de finalidade precípua do urbanismo moderno, o bem-estar do homem comum depende, em grande medida, de sua participação direta e permanente no processo decisório que lhe diga respeito, o que se coaduna com a edição do nosso “Estatuto da Cidade”.¹⁵

Dentre os caminhos possíveis para avançar democraticamente, isto é, para encurtar a distância comunicativa entre as aspirações populares e a atuação dos gestores públicos, vislumbramos um grande potencial no *controle social orçamentário*, especialmente a partir do que dispõem as *leis orçamentárias municipais*, cujas dotações materializam a persecução dos escopos públicos daquela urbe, pois elas expõem de forma objetiva todo o planejamento financeiro realizado para satisfazer as necessidades prioritárias da população local.

Na dicção de Dinorá Adelaide Musetti Grotti, a participação popular na elaboração do orçamento público é muito relevante em um sistema político representativo, pois nele se definem as prioridades de investimentos, ou seja, o uso final dos recursos públicos, de modo que as leis orçamentárias deixam de ser meras peças fictícias e passam a refletir as reais necessidades populares, assumindo o papel de instrumento de planejamento de um governo democrático.¹⁶

Assim sendo, as fases de elaboração e execução das leis orçamentárias devem contar com a participação direta da cidadania, com a finalidade de definir as prioridades na alocação dos recursos municipais disponíveis,

14. A esse respeito, vide: HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

15. MUKAI, Toshio. *Direito urbano e ambiental*. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 26.

16. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Desafios da democratização da gestão local: a formulação do orçamento participativo*. In: GARCIA, Maria. (coord.). *Democracia, hoje: um modelo político para o Brasil*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997, p. 175.

observadas as preferências locais, as quais, inclusive, servirão de legítimo contraponto às práticas políticas clientelistas eventualmente existentes.¹⁷

A institucionalização do controle social das leis orçamentárias permite que os cidadãos não só participem definindo as prioridades de investimento das referidas disponibilidades materiais (fase de elaboração), mas também monitorando a sua aplicação concreta (fase de execução). Portanto, deve ser exaltada a sua relevância no planejamento gestor de cada municipalidade, tanto no que concerne à democratização quanto no que tange à eficiência administrativa.

A democratização das relações entre Estado e sociedade civil faz dos cidadãos engajados genuínas *células decisórias na definição das prioridades alocativas*, especialmente em um cenário de escassez financeira, em que se espera que as despesas públicas autorizadas nas leis orçamentárias correspondam às pretensões sociais manifestas neste canal participativo.

Esse também é o pensamento de Boaventura de Sousa Santos, no que tange ao controle social orçamentário, no sentido de que a Administração Pública visa ao rompimento com uma tradição autoritária e patrimonialista na implementação das políticas públicas, pois passa a recorrer à participação popular direta nas fases de preparação e de execução orçamentárias, com destaque para a definição das prioridades na distribuição dos recursos de investimento.¹⁸

Assim sendo, os gastos governamentais autorizados nas leis orçamentárias locais funcionam como instrumental de controle social efetivo, bem como de transparência na gestão da atividade financeira estatal, suscitando a formação da referida *esfera pública não estatal*, pois a atuação da sociedade civil organizada, paralela ao Poder Público, em torno do substrato material disponível no espectro orçamentário, tem aptidão para colocar em prática toda uma pauta de reivindicações costumeiramente descurada pela agenda política tradicional.

Nessa senda, é imprescindível que os cidadãos tenham à sua disposição canais apropriados à captação de críticas e sugestões durante os processos de elaboração e execução orçamentárias, de modo que a participação popular no planejamento municipal seja uma constante, tal qual disposto em nosso ordenamento, mesmo porque o “Estatuto da Cidade” dispõe que a consulta aos cidadãos é condição prévia e obrigatória à aprovação

17. Sobre tal temática, vide: ASSONI FILHO, Sérgio. *Transparência fiscal e democracia*. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2009.

18. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Orçamento participativo em Porto Alegre: para uma democracia redistributiva*. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 466.

das leis orçamentárias locais, o que confere obrigatória visibilidade à gestão financeira municipal em cada ciclo orçamentário.

5 CONTROLE SOCIAL ORÇAMENTÁRIO

O ordenamento pátrio se alinha ao paradigma democrático participativo na gestão pública, especialmente no que diz respeito ao orçamento público municipal, pois os Municípios serão regidos por *lei orgânica*, a qual deverá observar o disposto na Constituição, e esta enumera diversos princípios, dentre os quais, destacamos o da participação popular (artigo 1º, § único) e o da cooperação das associações representativas no planejamento municipal (artigo 29, XII).

Desse modo, embora o “controle social orçamentário” não advenha de expressa determinação constitucional, ele é congruente com os princípios constitucionais supramencionados, ficando legitimada a participação popular na elaboração e execução das leis orçamentárias locais.

Até porque, além do viés principiológico constitucional, no âmbito infraconstitucional, não só a lei complementar nº 101, de 04 de maio de 2000 (“lei de responsabilidade fiscal”), mas também a lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001 (“Estatuto da Cidade”), respectivamente, erigem o controle social orçamentário à condição de instrumental indispensável à transparência na gestão das finanças públicas, bem como ao planejamento municipal, tendo em vista a sua obrigatoriedade na aprovação das leis orçamentárias locais.

Frise-se que o “Estatuto da Cidade” estabelece a *gestão orçamentária participativa* como uma das diretrizes gerais do planejamento municipal, (artigo 4º, III, f), pois todo dispêndio de recursos públicos municipais será objeto de *controle social* (artigo 4º, § 3º). Ademais, este diploma legal ainda determina que a realização de debates, audiências e consultas públicas é condição obrigatória para a aprovação das leis orçamentárias municipais (artigo 44).

O exercício do direito de participação popular no planejamento e na fiscalização da gestão financeira da municipalidade, assim materializado na figura do *controle social orçamentário*, não exclui e nem conflita com as demais formas de controle constitucionalizadas (controles interno, externo e jurisdicional), em vez disso exsurge como forma de controle *suplementar*, objetivando ampliar o potencial fiscalizatório da sociedade civil sobre a gestão governamental atinente ao ciclo orçamentário local.

No mais, permanece preservada a discricionariedade dos Poderes Executivo e Legislativo, pois estes não ficam vinculados juridicamente

às decisões tomadas pelos cidadãos quando dos debates que precedem a elaboração das leis orçamentárias, uma vez que o exercício do controle social orçamentário apenas sinaliza para uma vinculação voluntária dos referidos Poderes, cuja atuação se torna legítima na exata medida em que corresponda às proposições populares manifestadas por meio deste canal participativo.

Esse também é o parecer de Juarez Freitas, no sentido que haja uma “autovinculação” do Poder Executivo e do Poder Legislativo, partindo-se do pressuposto de que o processo de participação popular se impõe pela credibilidade dos envolvidos e pela ressonância das decisões tomadas, seja na hierarquização de prioridades, ou mesmo para combater os vícios da execução orçamentária. Ademais, o controle social é um direito de participação e este, por sua vez, assume feição vinculativa, pois não haveria razoabilidade no entendimento de que os agentes públicos pudessem desconsiderar, impunemente, a provocação da cidadania.¹⁹

Caberá ao Poder Público justificar o desatendimento das aspirações sociais, é dizer, urge prestar contas à coletividade sempre que as pretensões manifestadas pela cidadania não puderem ser acatadas, tendo em vista que não é aceitável negligenciar as decisões tomadas pelos cidadãos durante o ciclo orçamentário, até mesmo por gerar *expectativa de direito*.²⁰

Mudanças decisórias, sem a apresentação de uma adequada exposição de motivos de interesse público por parte dos gestores (devidamente comprovados), fazem com que as leis orçamentárias municipais deixem de ser o reflexo dos anseios populares expressados e sejam consideradas nulas de pleno direito, não podendo subsistir, devido à violação principiológica da Constituição (artigo 1º, § único e artigo 29, XII), bem como aos termos impositivos do “Estatuto da Cidade” (artigo 4º, III, f e seu § 3º e artigo 44).

Assim sendo, embora não haja vinculação jurídica quanto às proposições populares expressas, há vinculação jurídica quanto ao exercício do direito de participação popular no planejamento e fiscalização da gestão financeira municipal, haja vista que o “Estatuto da Cidade” determina a promoção de debates, audiências e consultas públicas aos Poderes Executivo e Legislativo de cada urbe, como condição obrigatória à aprovação das leis orçamentárias municipais.

19. FREITAS, Juarez. *O controle social do orçamento público*. In: Revista Interesse Público, nº 11, 2001, p. 16-17.

20. Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. *Os conselhos de participação popular - validade jurídica de suas decisões*. In: Revista de Direito Sanitário, nº 1, nov. 2000, p. 28-34.

No mais, o agente público desidioso com relação às práticas de controle social orçamentário, frustrando assim o direito à participação popular no planejamento municipal, incorrerá em *improbidade administrativa* e será responsabilizado nos termos da lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992, conforme preceituado em seu artigo 11, pela violação aos princípios fundamentais da Administração Pública.²¹

Além disso, o próprio “Estatuto da Cidade” estabelece que os agentes públicos municipais respondem por improbidade administrativa, na forma da lei nº 8.429/92, caso não assegurem a participação popular direta na confecção e fiscalização de cumprimento ao *Plano Diretor*.

Nessa direção, os gestores deverão promover audiências públicas e debates com a população e associações representativas comunitárias, para que as diretrizes e prioridades expressas nestas vias participativas possam se incorporar às leis orçamentárias municipais (PPA, LDO e LOA), pois estas, uma vez aprovadas, modelam e, ao mesmo tempo, limitam todo o planejamento financeiro materializado no Plano Diretor de cada municipalidade.²²

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A necessidade de balizar o ordenamento espacial dos Municípios brasileiros deu ensejo à regulamentação jurídica das políticas que lhes são inerentes, nos termos constitucionais, visando ao pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e a garantia do bem-estar de seus habitantes.

Nesse intento, foi editada a lei nº 10.257/01 (“Estatuto da Cidade”), que tem no planejamento estratégico e democrático a diretriz geral de desenvolvimento urbano, é dizer, a distribuição racional da população e das atividades econômicas realizadas em cada municipalidade, mediante a adoção

21. Conforme disposto na lei nº 8.429/92, no caput de seu artigo 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 (...)*”.

22. Conforme dispõe a lei nº 10.257/2001 (“Estatuto da Cidade”): Art. 52. Sem prejuízo da punição de outros agentes públicos envolvidos e da aplicação de outras sanções cabíveis, o Prefeito incorre em improbidade administrativa, nos termos da lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992, quando: (...) VI - impedir ou deixar de garantir os requisitos contidos nos incisos I a III do § 4º do art. 40 desta lei; (...). Art. 40. (...) § 1º. O plano diretor é parte integrante do processo de planejamento municipal, devendo o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual incorporar as diretrizes e as prioridades nele contidas. (...) § 4º. No processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão: I - a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade; II - a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos; III - o acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos.

de *planos urbanísticos* aptos a vincular a atuação dos gestores municipais aos reais anseios populares, conforme as prioridades previamente eleitas pela cidadania.

Eis o verdadeiro sentido social do urbanismo moderno, um processo dialógico na tomada de decisões, tendo em vista a melhor organização espacial e, principalmente, a melhoria das condições de vida da população ali estabelecida.

O planejamento, que racionaliza o processo decisório referente ao desenvolvimento urbano, encontra concreção instrumental no *Plano Diretor*, como a expressão material do atendimento às exigências jurídicas de ordenação do espaço, em busca do desenvolvimento social e econômico local, mas sem deixar de promover a utilização da propriedade imobiliária urbana em conformidade com a sua função social.

Saliente-se a importância do *controle social orçamentário* nesse processo dialético, que procura conjugar as visões da tecnocracia e da cidadania, na tentativa de superar as dificuldades intercomunicativas existentes entre tais universos.

Institucionalizar a participação popular na planificação financeira municipal é permitir aos cidadãos locais coadjuvar na definição das prioridades alocativas (elaboração orçamentária), bem como na fiscalização de sua aplicação prática (execução orçamentária).

A *gestão orçamentária participativa* é um imperativo do “Estatuto da Cidade”, como genuína diretriz geral do planejamento municipal. Nessa mesma linha democrática, este diploma legal também exige que toda despesa pública municipal seja objeto de *controle social*, além de fixar como condição obrigatória à aprovação das leis orçamentárias municipais a realização de *debates, audiências e consultas públicas*.

Em suma, com o crivo do “Estatuto da Cidade”, o controle social orçamentário local aproxima governantes de governados, ficando a gestão municipal mais transparente e efetiva, em termos de potencial atendimento aos anseios dos munícipes, uma vez que a atividade financeira desenvolvida na circunscrição territorial de cada urbe passa a se desenvolver mais à medida das necessidades e prioridades de seus cidadãos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL FILHO, Marcos Jordão Teixeira do. Da gestão democrática da cidade. In: MEDAUAR, Odete; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de

(coord.). Estatuto da cidade: lei 10.257, de 10 de julho de 2001, comentários. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ASSONI FILHO, Sérgio. Transparência fiscal e democracia. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2009.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Gestão democrática da cidade. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERAZ, Sérgio (coord.). Estatuto da cidade - comentários à lei federal 10.257/2001. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

DALLARI, Adilson Abreu. Instrumentos da política urbana. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERAZ, Sérgio (coord.). Estatuto da cidade - comentários à lei federal 10.257/2001. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

FREITAS, Juarez. O controle social do orçamento público. In: Revista Interesse Público, nº 11, 2001.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Desafios da democratização da gestão local: a formulação do orçamento participativo. In: GARCIA, Maria. (coord.). Democracia, hoje: um modelo político para o Brasil. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio B. Siebenschler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Os conselhos de participação popular - validade jurídica de suas decisões. In: Revista de Direito Sanitário, nº 1, nov. 2000.

MUKAI, Toshio. Direito urbano e ambiental. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Comentários ao estatuto da cidade. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Sociedade civil: sua democratização para a reforma do Estado. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (org.). Sociedade e Estado em transformação. São Paulo: Editora Unesp, 2001.

PINHEIRO, Paulo Sérgio; SOUZA, Luís Antônio F. Participação política e organizações da sociedade civil em novas democracias. Rio de Janeiro: Fundo Nacional de Cultura, 2001.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Orçamento participativo em Porto Alegre: para uma democracia redistributiva. In: SANTOS, Boaventura de Sousa

(org.). Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. O estatuto da cidade e suas diretrizes gerais. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (coord.). Estatuto da cidade - comentários à lei federal 10.257/2001. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CAPÍTULO 44

PONDERAÇÃO ENTRE O IUS VARIANDI E O PRINCÍPIO DA INALTERABILIDADE DO OBJETO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

SIMONE ZANOTELLO DE OLIVEIRA

Doutoranda em Direito Administrativo pela PUC-SP. Professora de
Direito Administrativo e Linguagem Jurídica do Centro Universitário
Padre Anchieta – Jundiaí-SP.

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca fazer uma análise acerca das alterações dos contratos administrativos – *ius variandi*, ponderando-as com o princípio da inalterabilidade do objeto.

Nesse contexto, preliminarmente, serão trazidos à baila o conceito e as características dos contratos administrativos em sentido estrito, que darão suporte ao instituto da modificação contratual.

Na sequência, os estudos serão focados na possibilidade de alteração dos contratos administrativos – o *ius variandi*, tendo como fundamento as cláusulas exorbitantes que estão presentes nos contratos administrativos. Nessa esteira, traremos a importância dos “motivos supervenientes” para dar sustentação às modificações contratuais.

Nessa toada, será de suma importância a análise das hipóteses de alteração contratual que estão previstas no art. 65 da Lei 8.666/93, que já estabelecem uma limitação legal ao direito de efetuar modificações no contrato. Essas hipóteses contemplam alterações contratuais que podem ser impostas unilateralmente pela Administração e alterações contratuais que

só podem ser implementadas com a concordância do particular contratado, ou seja, de forma consensual.

Por fim, traremos o princípio da inalterabilidade do objeto, o qual estabelecerá limitações ao *ius variandi*, impedindo que eventuais modificações trazidas ao contrato desconfigurem o seu objeto.

1 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS – CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

No estudo dos contratos administrativos, o primeiro aspecto a ser aventado diz respeito ao seu conceito. No Direito Brasileiro, de acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, contrato administrativo pode ser definido como um ajuste que a Administração Pública celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, utilizando-se de um regime de direito público, tendo como objetivo a consecução de fins públicos.¹

A doutrina, não de forma pacífica, costuma diferenciar o conceito de “contrato administrativo” em relação aos chamados “contratos da Administração”. Ainda segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, estes últimos trariam para si um conceito mais amplo, pois abrangeriam todos os contratos celebrados pela Administração Pública, seja sob o regime de direito público, seja sob o regime de direito privado.²

Nessa esteira de definições conceituais, o professor Ricardo Marcondes Martins, em seu artigo denominado “Contratos Administrativos”, reconhece a existência de três posições na doutrina brasileira sobre os contratos administrativos³. No entanto, o autor defende alguns vícios metodológicos nessas posições, e propõe um conceito de contrato administrativo voltado

1. DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo : Alta, 2014, p. 263.

2. Idem, *ibidem*, p. 263.

3. O autor examina três posições sobre os contratos administrativos na doutrina brasileira. A primeira posição, baseada na doutrina tradicional francesa, tendo como adepto Hely Lopes Meirelles, estabelece que a Administração pode firmar contratos regidos pelo direito público, denominados contratos administrativos, e contratos regidos pelo direito privado, denominados de contratos da Administração. A segunda posição, fundamentada na doutrina tradicional alemã, cujos adeptos são Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e Celso Antonio Bandeira de Mello, traz a tese de que não existem contratos administrativos, ou a atividade da Administração submete-se ao direito privado, e é possível a celebração de contratos, ou não se submete ao direito privado, e o que seriam contratos administrativos são atos unilaterais com contratos adjetos. Por fim, a terceira posição, pautada numa doutrina formulada mais recentemente, tendo como partidários Carlos Ari Sundfeld e Lúcia Valle Figueiredo, dispõe que existem contratos administrativos mas não existem contratos da Administração, ou seja, todos os contratos firmados pela Administração são regidos, em maior ou menor medida, pelo direito público. (MARTINS, Ricardo Marcondes. *Contratos administrativos*. In: *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*. São Paulo : Malheiros, 2015, p. 366-9)

para a teoria dos atos. Com isso, os contratos administrativos em sentido estrito seriam considerados atos administrativos bilaterais, representando, nesse conjunto, atos em que as partes possuem interesses contrapostos, ou seja, a Administração pretende satisfazer um interesse público, ao passo que o administrado deseja concretizar seu interesse pecuniário.⁴

Não sendo o objetivo deste trabalho esgotar o estudo de todos os conceitos de contratos administrativos trazidos pela doutrina brasileira, adotamos para fim do presente artigo, as acepções de contrato administrativo trazidas por Marçal Justen Filho, que dispõe que, num sentido amplo, este instituto consistiria num acordo de vontades destinado a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações, nos termos da lei, sendo que uma das partes atua no exercício da função administrativa. O autor dispõe, ainda, que o gênero “contrato administrativo” comporta várias espécies, quais sejam, os acordos de vontade da Administração (convênios públicos, contratos de gestão, termos de parcerias, consórcios públicos, contratos de fomentos e Termos de Ajustamento de Conduta); os contratos administrativos num sentido estrito (contratos de colaboração e contratos de delegação) e os contratos de direito privado.⁵

Iremos focar nossa análise nas relações estabelecidas pelos contratos administrativos em sentido estrito, que apresentam um regime publicístico, por meio do qual se atribui à Administração Pública uma série de prerrogativas, denominadas “cláusulas exorbitantes”, que terão mais detalhamento adiante. Essa espécie contratual abrange os contratos de colaboração (compras, serviços, obras e alienações) e os contratos de delegação (concessões de serviços públicos).

Os contratos administrativos em seu sentido próprio e restrito, apresentam as seguintes características: presença da Administração Pública como Poder Público; finalidade pública; obediência à forma prescrita em lei; procedimento legal; natureza de contrato de adesão; natureza *intuitu personae*; presença de cláusulas exorbitantes e mutabilidade.⁶ Estas duas últimas características terão um aprofundamento neste estudo, em face do tema abordado.

4. Idem, *ibidem*, p. 374-8.

5. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo : Dialética, 2012, p. 804.

6. DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*, op cit., p. 273.

2 POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO CONTRATUAL – “IUS VARIANDI”

O regime jurídico publicístico traz para os contratos administrativos as chamadas “cláusulas exorbitantes”, arroladas no art. 58 da Lei 8.666/93⁷. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, as cláusulas exorbitantes não seriam comuns ou então seriam consideradas ilícitas num contrato celebrado entre particulares. No entanto, num contrato no qual a Administração Pública é parte, essas cláusulas iriam conferir a ela prerrogativas, colocando-a em posição de supremacia sobre o contratado.⁸

Antonieta Pereira Vieira e Madeline Rocha Furtado destacam que a presença da Administração Pública nos contratos administrativos é verificada por meio da sua soberania sobre os particulares, manifestando-se pelas cláusulas exorbitantes, que expressam a sobreposição de uma parte contratual sobre a outra, ou seja, a Administração (contratante), exercendo seu poder sobre a outra parte (contratado).⁹

Ricardo Marcondes Martins afirma, inclusive, que sempre que a Administração Pública estiver presente numa relação jurídica, estão configuradas situações de supremacia e de privilégio na proteção dos interesses sociais.¹⁰

Podemos citar como cláusulas exorbitantes:

a) A faculdade da Administração de exigir garantia de execução contratual, nos termos do art. 56, § 1º., da Lei 8.666/93;

b) A possibilidade de rescisão unilateral do contrato por parte da Administração, com fundamento nos arts. 78, I a XII e XVII e 79, I, da Lei 8.666/93;

c) A prerrogativa de que o contrato seja acompanhado e fiscalizado pela Administração, com base no art. 67 da Lei 8.666/93;

7. Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: I – modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; II – rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei; III - fiscalizar-lhes a execução; IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste; V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acantelar a purificação administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

8. DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*, op. cit., p. 280.

9. VIEIRA, Antonieta Pereira. FURTADO, Madeline Rocha. *Gestão de contratos de terceirização na administração pública: teoria e prática*. 6. ed. Belo Horizonte : Fórum, 2015, p. 232.

10. MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria dos princípios formais. *Interesse Público* – IP, Belo Horizonte, ano 18, n. 98, p. 88, jul./ago. 2016.

d) A possibilidade da Administração aplicar sanções de natureza administrativa na hipótese de inexecução total ou parcial do contrato pelo contratado, dispostas no art. 87 da Lei 8.666/93;

e) O poder-dever da Administração de anular seus próprios atos, quando estes contrariam a lei, tendo como alicerce a Súmula 473, do STF, baseada no princípio da autotutela.

f) A prerrogativa de retomada do objeto, com supedâneo no art. 80 da Lei 8.666/93, com o objetivo de garantir a continuidade da execução contratual;

g) As restrições ao uso da *exceptio non adimpleti contractus*, em razão dos princípios da continuidade do serviço público e da supremacia do interesse público sobre o particular.

h) A possibilidade de alteração unilateral do contrato – *ius variandi* – nos termos do art. 65 da Lei 8.666/93.

A prerrogativa de modificação dos contratos tem como objetivo possibilitar a melhor adequação dos termos contratuais às finalidades de interesse público. Portanto, o poder de modificação dos contratos administrativos trata-se de uma competência deferida à Administração. Fernando Vernalha Guimarães explicita que no âmbito da relação jurídico-contratual administrativa, a Administração Pública deverá exercer a tutela do objeto do contrato, cuidando para que a prestação esteja de acordo com as necessidades públicas envolvidas. Sendo assim, desde que o interesse público venha a impor novas condições de prestação, não há dúvidas de que a Administração Pública deva alterar os termos contratuais com o fito de estabelecer essa nova necessidade.¹¹

Esse, inclusive, é o entendimento de Agustín Gordillo, que nos ensina que a mutabilidade do contrato é um dado característico dele e, manifestada a circunstância de interesse público que o justifica, seria possível adaptá-lo ou modificá-lo, representando uma flexibilidade frente à rigidez dos contratos de direito privado.¹²

Temos que o *ius variandi* irá refletir, portanto, um poder administrativo que trará para a Administração a possibilidade de interferir diretamente na relação jurídico-contratual, com vistas ao atendimento do interesse público.

11. GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração unilateral do contrato administrativo (interpretação de dispositivos da Lei 8.666/93)*. São Paulo : Malheiros, 2003, p. 122.

12. *La mutabilidad del contrato es también dado característico, manifestada em la circunstancia de que si el interés público lo justifica, podría adaptárselo y modificárselo; dicho de outro modo, su flexibilidad frente a la rigidez de los contratos de derecho privado.* (GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. 4. Ed. Buenos Aires : Fundación de Derecho Administrativo, 1997, t. I, Parte General, p. XI 39)

García de Enterría e Fernández, inclusive, definem o *ius variandi* como a mais espetacular das singularidades do contrato administrativo.¹³

Nessa esteira, Celso Antonio Bandeira de Mello dispõe a questão de que a permanência do vínculo e das condições preestabelecidas estão sujeitas a imposições de interesse público que podem se alterar durante a relação contratual, no entanto sempre ressalvando os interesses patrimoniais do contratado privado.¹⁴

No entanto, há que se destacar que essa necessidade de alteração deverá estar fundada em motivos supervenientes. Marçal Justen Filho afirma que é preciso evidenciar que a alteração decorre de um fato ocorrido ou apenas descoberto depois da instauração. Para o autor, não teria sentido firmar um contrato nos exatos termos licitados, para depois promover alterações fundadas em eventos pretéritos que já fossem conhecidos de antemão pela Administração, pois isso iria violar a seriedade do processo licitatório e, conseqüentemente, a regra de vinculação ao instrumento convocatório.¹⁵

A própria jurisprudência dos Tribunais de Contas sinalizada sobre a necessidade de que as modificações contratuais tenham por fundamento motivo superveniente à assinatura da avença.¹⁶

Finalmente, Joel de Menezes Niebuhr leciona que a alteração contratual somente se justifica em face de fatos novos e imprevisíveis. Ademais, esses fatos deverão ter força bastante para alterar a demanda do interesse público. Portanto, se não existirem fatos novos e imprevisíveis, essa alteração contratual poderá ser considerada ilegítima e ilegal.¹⁷

2.1 ALTERAÇÕES CONTRATUAIS UNILATERAIS

As hipóteses de alteração contratual estão previstas no art. 65 da Lei 8.666/93 e já trazem uma primeira limitação ao *ius variandi*. Essas hipóteses contemplam alterações contratuais que podem ser impostas unilateralmente pela Administração e alterações contratuais que só podem ser implementadas com a concordância do particular contratado, ou seja, deverão ser feitas de

13. GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. Trad. Arnaldo Setti. São Paulo : RT, 1990, p. 648.

14. MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo : Malheiros, 2006, p. 593.

15. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações (...)*, op. cit., p. 880.

16. TCU - Acórdão n.º 1748/2011 - Plenário, TC-010.508/2010-4, rel. Min. José Jorge - Aditivos contratuais fundamentados no § 1º do art. 65 da Lei 8.666/1993 devem ter por causa fato superveniente à assinatura da avença.

17. NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. Curitiba : Zênite, 2008, p. 513.

comum acordo entre as partes. Examinemos, primeiramente, as alterações contratuais unilaterais.

Elas estão dispostas no art. 65, I, “a” e “b” da Lei 8.666/93¹⁸, e contemplam modificações decorrentes de alteração do projeto ou especificações ou de alteração do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa do objeto.

Quando houver necessidade de modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos, teremos uma hipótese de modificação contratual de ordem qualitativa. Ela deverá ser decorrente de situações em que se verifica posteriormente que a concepção original em que se fundamentou a contratação está inadequada, ou então de situações que embora fossem preexistentes, não eram de conhecimento das partes. Marçal Justen Filho entende que os casos de inovação tecnológica também fundamentam essa hipótese de alteração, objetivando assegurar a obtenção de objetos mais adequados e satisfatórios, evitando o recebimento de prestações que já estariam obsoletas.¹⁹

A outra hipótese contempla as modificações que visam a adequar quantitativamente o objeto da contratação, nos limites estabelecidos pela Lei de Licitações. Nesse sentido, o § 1º. do art. 65 prescreve que o *contratado fica obrigada a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos*. O § 2º dispõe que nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder esses limites, exceto supressões resultantes de acordo celebrado entre as partes.

Portanto, embora o artigo contemple modificações que poderiam ser impostas unilateralmente pela Administração, ele também estabelece limites para essas alterações, dispondo circunstâncias em que elas podem interferir na esfera de direitos do contratado e, por essa razão, precisam ser feitas de forma consensual.

Inclusive, há que se destacar que outros dispositivos do art. 65 trazem garantias para o contratado²⁰, como forma de estabelecer limites para

18. Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: I - unilateralmente pela Administração: a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos; b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

19. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações* (...), op. cit., p. 882.

20. Art. 65. (...) § 4º No caso de supressão de obras, bens ou serviços, se o contratado já houver adquirido os materiais e posto no local dos trabalhos, estes deverão ser pagos pela Administração pelos custos de aquisição regularmente comprovados e monetariamente corrigidos, podendo caber indenização por outros danos eventualmente decorrentes da supressão, desde que regularmente comprovados.

as alterações ditas unilaterais, bem como para a preservação da equação econômico-financeira da contratação.

Marçal Justen Filho acrescenta que o particular não pode se opor ao conteúdo das alterações pretendidas pela Administração, tanto com relação à alteração do projeto quanto no que tange às quantidades. Porém, dispõe que a determinação das condições de remuneração não podem ser impostas de forma unilateral pela Administração.²¹

Por fim, destacamos que as modificações unilaterais, para serem legítimas, deverão estar devidamente fundamentadas pela Administração, com demonstrativos da necessidade dessas alterações para atendimento do interesse público, de que a solução proposta é adequada e, principalmente, dispondo que essas alterações são vantajosas para a Administração.

2.2 ALTERAÇÕES CONTRATUAIS POR ACORDO ENTRE AS PARTES

As hipóteses de alterações contratuais por acordo entre as partes estão previstas no art. 65, II, “a” a “d” da Lei 8.666/93²². Elas contemplam:

a) A possibilidade de substituição da garantia prestada à Administração na execução contratual, desde que a nova preencha os requisitos do instrumento convocatório, bem como as próprias limitações impostas pela Lei 8.666/93, em seu art. 56²³. Presume-se que a Administração

§ 5º *Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.*

§ 6º *Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.*

21. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações (...)*, op. cit., p. 884.
22. Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: (...) II – por acordo das partes: a) quando conveniente a substituição da garantia de execução; b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários; c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço; d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.
23. Art. 56. *A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.*

apenas poderá se opor a essa modificação no caso de a nova modalidade de garantia a ser prestada não atender a requisitos formais e materiais que foram fixados na contratação.

b) A possibilidade de modificação do regime de execução ou do modo de fornecimento, quando se constatar que previsão original mostra-se inadequada no momento da execução contratual. Neste caso, Marçal Justen Filho orienta que se a Administração verificar que o particular não possui condições técnicas (ou de outra natureza) para executar o contrato com o novo regime de execução ou modo de fornecimento, o ajuste deverá ser rescindido, inclusive com indenização ao contratado por perdas e danos, adotando providências para uma nova contratação com quem tenha esses requisitos.²⁴

c) A possibilidade de alteração das condições de pagamento estabelecidas no contrato, por imposição de circunstâncias supervenientes. Nesse caso, deverá ser mantido o valor inicial atualizado, sendo vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação. Essa alteração exige cautela por parte do administrador por ocasião de sua eventual aplicação. Marçal Justen Filho alerta que se essa alteração tornasse o contrato mais vantajoso para o particular, isso representaria um vício para o contrato, pois os outros terceiros que soubessem dessa alteração poderiam ter demonstrado interesse em participar da licitação. E que, por outro giro, se a alteração tornasse o contrato desvantajoso para o contratado, ele estaria sendo prejudicado na relação contratual.²⁵

d) A questão da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da contratação, ou seja, da relação existente entre o conjunto de encargos que são impostos ao particular e a respectiva remuneração. A própria Constituição de 1988,

§ 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia: I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda; II - seguro-garantia; III - fiança bancária.

§ 2º A garantia a que se refere o caput deste artigo não excederá a cinco por cento do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele, ressalvado o previsto no parágrafo 3º deste artigo.

§ 3º Para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, o limite de garantia previsto no parágrafo anterior poderá ser elevado para até dez por cento do valor do contrato.

§ 4º A garantia prestada pelo contratado será liberada ou restituída após a execução do contrato e, quando em dinheiro, atualizada monetariamente.

§ 5º Nos casos de contratos que importem na entrega de bens pela Administração, dos quais o contratado ficará depositário, ao valor da garantia deverá ser acrescido o valor desses bens.

24. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações* (...), op. cit., p. 887.

25. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações* (...), op. cit., p. 887.

em seu art. 37, XXI, dispôs sobre a obrigatoriedade de se manter as condições efetivas da proposta.

Nesse sentido, Celso Antonio Bandeira de Mello destaca que a garantia do contratado ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato não poderia ser afetada mesmo com alguma lei, pois se trata de dispositivo constitucional.²⁶

Segundo Hely Lopes Meirelles, esse equilíbrio refere-se a uma relação que foi estabelecida pelas partes no momento da conclusão do certame.²⁷

A recomposição do equilíbrio econômico-financeiro faz-se por meio do instituto da revisão, que não depende de autorização em edital ou em contrato, pois se trata de um direito do contratado na hipótese de ocorrência de fato imprevisível ou de fato previsível, porém com consequências incalculáveis ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito, fato do príncipe ou fato da administração, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

Também não conta com periodicidade mínima para a sua aplicação, a exemplo do que ocorre com o reajuste e a repactuação, que estabelecem periodicidade anual. Uma revisão, por exemplo, pode ocorrer no mesmo dia que o contrato foi assinado. Basta que os fatos ensejadores do instituto ocorram.

Destacamos que a Administração apenas está obrigada a garantir a manutenção da equação econômico-financeira, não sendo obrigada a garantir o lucro do contratado. Ricardo Marcondes Martins esclarece que a equação econômico-financeira diz respeito à efetivação material da proposta inicialmente formulada, não se referindo à garantia de lucro do particular.²⁸

Neste trabalho, não iremos esgotar todas as teorias que fundamentam essa recomposição. No entanto, destacamos que se trata de um dispositivo de suma importância para a relação contratual. Marçal Justen Filho esclarece que se os particulares tivessem de arcar com as consequências de todos os eventos danosos possíveis, teriam que oferecer propostas mais onerosas²⁹. E isso não seria bom para a Administração, pois se o evento danoso não ocorresse, ela estaria arcando com ele mesmo assim.

Gabriela Verona Pércio complementa esse entendimento, dispondo que a possibilidade de revisão de preços é um mecanismo eficiente na busca

26. MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 597.

27. MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 208.

28. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Contratos administrativos (...)*, op. cit., p. 408.

29. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações (...)*, op. cit., p. 889.

de um dos principais objetivos da licitação – a proposta mais vantajosa. A autora destaca que com esse instituto, evita-se a inserção da “gordura extra” destinada a suportar prejuízos decorrentes de circunstâncias futuras e incertas. Com isso, tem-se preços mais enxutos e a competição torna-se mais transparente.³⁰

Ricardo Marcondes Martins também traz o assunto à baila, e estabelece que o direito público pode ser assim enunciado: “*Preveja com lealdade e boa-fé e fique tranquilo, se a superveniência dos fatos não tiver sido prevista quando da elaboração da proposta, o ajuste será adequado à nova situação*”.³¹

Por outro giro, não podemos nos esquecer que a recomposição também poderá se dar a favor da Administração, trazendo modificações que reduzam seus encargos. Joel de Menezes Niebuhr destaca que, embora seja muito mais raro, os insumos e os custos do contratos também podem sofrer uma diminuição. Nessa circunstância, a Administração faz jus ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, concretizando uma redução da contraprestação devida ao contratado.³²

3 PONDERAÇÃO ENTRE OS *IUS VARIANDI* E O PRINCÍPIO DA INALTERABILIDADE DO OBJETO

Se de um lado verificamos que a Administração dispõe da prerrogativa de alteração dos contratos administrativos, tanto de forma unilateral quanto consensual, de outro, precisamos verificar quais são os limites dessa alteração, em especial no que tange ao princípio da inalterabilidade do objeto.

Por meio desse princípio, é vedado à Administração promover alterações contratuais que venham a resultar na transfiguração do objeto do contrato. Segundo Fernando Vernalha Guimarães, o princípio da inalterabilidade do objeto não se presta somente a resguardar um direito subjetivo do contratado, que teria que arcar com a execução de um novo objeto contratual, mesmo que fosse assegurada a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da contratação. Ele também contempla a necessidade de preservar a isonomia que é inerente ao próprio procedimento licitatório.³³

30. PÉRCIO, Gabriela Verona. *Contratos administrativos sob a ótica da gestão e da fiscalização*. Curitiba : Respublica, 2013, p. 144.

31. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Contratos administrativos (...)*, op. cit., p. 411.

32. NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública (...)*, op. cit., p. 534.

33. GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração unilateral (...)*, op. cit., p. 252.

De fato, se houver uma alteração contratual que contemple um novo objeto, esse não teria sido precedido de uma licitação, pois o objeto anterior é que o teria, tornado essa contratação ilegal.

O autor destaca, ainda, que uma transfiguração radical do objeto do contrato desnatura o *ius variandi*, que se refere à adaptação do objeto do contrato às necessidades de interesse público.³⁴

A corroborar tal entendimento, Diogenes Gasparini reforça que é reconhecida como direito do contratado a manutenção do objeto, bem como a inalterabilidade das cláusulas de preços e de condições de pagamento. Somente mediante acordo estas duas últimas poderiam ser alteradas; no entanto, a troca de objeto não poderia ser feita nem se fosse admitida por acordo.³⁵

Celso Antonio Bandeira de Mello leciona que a existência de prerrogativas a favor da Administração não representa, em absoluto, um aniquilamento ou minimização dos interesses do contratado no objeto de sua pretensão contratual. Ele destaca que há garantias ao particular ligado pelo acordo, no sentido de que cabe a ele integral proteção quanto às aspirações econômicas que foram a base para o seu ingresso na avença.³⁶

Portanto, apesar de todos os poderes que a Administração possui, por conta das cláusulas exorbitantes, há direitos do contratado que precisam ser respeitados. Diogenes Gasparini destaca, ainda, que o ordenamento jurídico acaba por resguardar esse contratado contra o arbítrio do Poder Público, e protege-o economicamente contra as exigências da Administração Pública.³⁷

Essa proteção é muito importante, pois do contrário a Administração Pública teria dificuldades em encontrar pessoas que quisessem contratar com ela.

A questão da alteração contratual poderá ser trazida, inclusive, nos contratos administrativos submetidos apenas às regras de direito público, na hipótese do exame de sua invalidade (original ou superveniente). Nas lições do professor Ricardo Marcondes Martins, nesse caso, o agente público deve levar em consideração razões jurídicas favoráveis à não alteração do ajuste, bem como razões favoráveis à alteração, ponderando as circunstâncias fáticas e jurídicas, para que a melhor decisão possa ser tomada.³⁸

34. GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração unilateral (...)*, op. cit., p. 253.

35. GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo : Saraiva, 2008, p. 752-3.

36. MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 594-5.

37. Idem, ibidem, p. 725.

38. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Contratos administrativos (...)*, op. cit., p. 404-5.

Ademais, há que se ponderar que se o *ius variandi* tivesse como pano de fundo interesses outros que não fossem o interesse público, teríamos um desvio de finalidade.

A finalidade pública ou interesse público deve ser uma constante nas contratações, conforme afirmam Antonieta Pereira Vieira e Madeline Rocha Furtado. Para as autoras, a obediência à forma prevista em lei traduz-se na obrigatoriedade de os agentes públicos seguirem a forma estabelecida na lei para a efetivação das contratações, evitando o desvio de finalidade.³⁹

Nessa esteira, José dos Santos Carvalho Filho nos ensina que essa prerrogativa da Administração de promover alterações unilaterais ao contrato não pode ser empregada por arbítrio ou por outros interesses escusos, bem como não pode retratar um desvio de finalidade que cause gravame ao contratado. O autor destaca que as alterações sempre precisam se sujeitar a alguns limites, bem como devem atender ao interesse público que foi indicado pela Administração para promover essas modificações. Ele, inclusive, reforça a tese de que será sempre sindicável, tanto em âmbito administrativo quanto judicial, o motivo pelo qual se considerou necessária a modificação.⁴⁰

Segundo Joel de Menezes Niebuhr, não podemos nos esquecer que ainda que as alterações contratuais sejam permitidas, elas são limitadas. O autor destaca que a mutabilidade está ligada à adequação, visto que a alteração presta-se a promover adequações, não a transformar o objeto do contrato em outro, com funcionalidade diversa. O objeto deverá preservar a sua identidade, não o transformando em algo diferente.⁴¹

Portanto, a ponderação deverá ser feita pelo agente público no momento que surge a necessidade de uma modificação contratual. Dessa ponderação pode resultar que o sistema jurídico não admita a alteração pretendida, por estar fora dos limites legais, desconfigurando o objeto original da contratação.

Em síntese, o *ius variandi* encontra limitações no sentido de que jamais poderá alterar a natureza do objeto do contrato.

39. VIEIRA, Antonieta Pereira. FURTADO, Madeline Rocha. *Gestão de contratos (...)*, op. cit., p. 232.

40. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo : Atlas, 2013, p. 194.

41. NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública (...)*, op. cit., p. 513-4.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo que foi exposto, verificamos que os contratos administrativos em sentido estrito, estão sujeitos a sofrer modificações – *ius variandi*. Apresentando-se como uma das cláusulas exorbitantes, a possibilidade de modificação contratual vem como uma prerrogativa que tem como objetivo possibilitar a melhor adequação dos termos contratuais, durante sua execução, às finalidades de interesse público.

As modificações previstas no art. 65 da Lei 8.666/93, que deverão estar embasadas em motivos supervenientes, trazem hipóteses que contemplam alterações contratuais que podem ser impostas unilateralmente pela Administração e alterações contratuais que só podem ser implementadas com a concordância do particular contratado, ou seja, de forma consensual. Com isso, já temos uma primeira limitação ao *ius variandi*.

No entanto, não podemos nos esquecer que as modificações trazidas ao contrato jamais poderão desnaturar o seu objeto, transformando-o em outro. Para isso, é preciso cumprir o princípio da inalterabilidade do objeto, o qual estabelecerá limitações às modificações contratuais, impedindo que eventuais alterações trazidas ao contrato desconfigurem o seu objeto inicialmente estabelecido. Reiterando as lições doutrinárias vistas neste trabalho, destacamos que esse princípio não se presta somente a resguardar um direito subjetivo do contratado, que teria que arcar com a execução de um novo objeto contratual, mas ele contempla, também, a necessidade de preservar a isonomia que é inerente à própria licitação.

E, para a consecução desse propósito, a ponderação feita pelo agente público no momento que surge a necessidade de uma modificação contratual será muito importante. Com essa ponderação, será possível verificar se o sistema jurídico admite ou não a alteração pretendida, tendo como limitação não somente a lei, mas também a necessidade de se manter o objeto.

Em suma, podemos concluir que o *ius variandi* encontra limitações no princípio da inalterabilidade do objeto e que, portanto, essa questão deverá ser levada em consideração no momento de análise das alterações contratuais.

REFERÊNCIAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 27. ed. São Paulo : Atlas, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia. Direito administrativo. 27. ed. São Paulo : Alta, 2014.

GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de direito administrativo. Trad. Arnaldo Setti. São Paulo : RT, 1990.

GASPARINI, Diogenes. Direito administrativo. 13. ed. São Paulo : Saraiva, 2008.

GORDILLO, Agustín. Tratado de derecho administrativo. 4. Ed. Buenos Aires : Fundación de Derecho Administrativo, 1997, t. I, Parte General

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Alteração unilateral do contrato administrativo (interpretação de dispositivos da Lei 8.666/93). São Paulo : Malheiros, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 15. ed. São Paulo : Dialética, 2012.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Contratos administrativos. In Estudos de direito administrativo neoconstitucional. São Paulo : Malheiros, 2015.

_____. Teoria dos princípios formais. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 18, n. 98, p. 88, jul./ago. 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e contrato administrativo. 14. ed. São Paulo : Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. Curso de direito administrativo. 21. ed. São Paulo : Malheiros, 2006.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação pública e contrato administrativo. Curitiba : Zênite, 2008.

PÉRCIO, Gabriela Verona. Contratos administrativos sob a ótica da gestão e da fiscalização. Curitiba : Respublica, 2013.

VIEIRA, Antonieta Pereira. FURTADO, Madeline Rocha. Gestão de contratos de terceirização na administração pública : teoria e prática. 6. ed. Belo Horizonte : Fórum, 2015.

CAPÍTULO 45

ALTERAÇÕES NA CONCEPÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO NO DIREITO BRASILEIRO

SILVIO LUÍS FERREIRA DA ROCHA

Mestre e Doutor em Direito Civil pela PUC-SP. Doutor e Livre-Docente em Direito Administrativo pela PUC-SP. Professor dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da PUC-SP.

Escrevo este artigo em homenagem a um prezado amigo e ilustre jurista, Toshio Mukai, que, ao longo dos anos a frente de uma intensa carreira jurídica e acadêmica contribuiu, de modo significativo, para o desenvolvimento da ciência jurídica em nosso país. Autor de inúmeras obras de excelente qualidade, encontramos nelas, com abundância, importantes reflexões acerca do tema do contrato administrativo. Ao estimado Toshio Mukai as nossas sinceras homenagens.

1 O CONCEITO DE CONTRATO

O contrato, na sociedade moderna, representou um importante instrumento jurídico de transferência de riquezas, ao ponto de ser concebido o critério de maior relevância para diferenciar a sociedade moderna das sociedades antigas.

O conceito de contrato previsto na maioria dos Códigos Civis elaborados no início do século XIX, concebido como acordo de vontades de duas ou mais pessoas que visa a constituir, a regular ou a extinguir uma relação jurídica, sofreu longa evolução.

A sistematização e elevação do contrato a uma categoria abstrata aconteceu primeiro no direito francês com a promulgação do Código

Civil francês em 1804. O Código civil francês, ponto culminante de vários séculos de evolução do direito francês, acolheu princípios fundamentais do direito privado moderno, entre eles, a desoneração da propriedade territorial e a liberdade do contrato. Esta renovação no direito francês deve ser compreendida no contexto do iluminismo, amplo movimento europeu que criticava o velho regime e a desigualdade diante da lei- concretizada nos privilégios fiscais para as ordens da nobreza e do clero; no acesso limitado aos cargos públicos; nas limitações às pessoas e à propriedade e nas intervenções arbitrárias e imprevisíveis da Coroa- e que passou a exigir na essência “liberdade” e “igualdade” para todos. Em decorrência dessas alterações políticas tornou-se necessária a substituição das antigas regras por novas regras jurídicas concebidas pelo homem moderno, cujo único princípio diretor fosse à razão.¹

O conceito moderno de contrato almejou, de um lado, auxiliar no processo de liberação da propriedade dos vínculos que a gravavam na época feudal e, de outro lado, impulsionar o desenvolvimento da nova economia mercantil ao inserir os bens no processo de produção e troca. A categoria geral do contrato resultou do equilíbrio entre a pretensão da classe mercantil em apropriar-se dos recursos do solo e a pretensão da classe fundiária em defender suas propriedades. O princípio do *consenso*, como produtor do vínculo jurídico, favoreceu a classe mercantil na sua relação com os proprietários dos recursos e ao mesmo tempo protegeu esses proprietários da expropriação de seus bens contra as respectivas vontades.²

O Código Civil francês consolidou o paradigma da vontade como expressão suprema e inderrogável do indivíduo e de sua liberdade, surgindo o contrato como fonte primordial das obrigações.

O conceito de negócio jurídico desenvolvido por Friedrich Carl Von Savigny despertou, ainda mais, a atenção para o papel da vontade; exerceu profunda influência na doutrina europeia e contribuiu para radicalizar o processo de generalização e abstração do conceito de contrato. Tomando por base a definição de negócio jurídico que haveria de tornar-se prevalente -uma declaração de vontade dirigida a produzir efeitos jurídicos- criou-se um conceito capaz de englobar uma série de fenômenos que têm em comum a elevação da vontade a elemento chave da sua definição.³

1. R.C Van CAENEGEM, *Uma introdução histórica ao direito privado*, passim.

2. Sergio MAIORCA, *Il contratto, profili della disciplina generale*, p.14.

3. Enzo ROPPO, *O contrato*, p. 49. De acordo com Custódio da Piedade Ubaldino MIRANDA, *Interpretação e integração dos negócios jurídicos*, p. 26, foi Savigny quem chamou a atenção para o papel da vontade no negócio jurídico, ao distingui-lo do simples ato jurídico, na medida em que neste, ao contrário daquele, o agente não teria em vista, como fim principal, a obtenção

Atribuiu-se à vontade individual a função de causa primeira do Direito privado. Neste, o comércio jurídico cresceu amparado na noção de contrato e com a visão de que toda obrigação, por implicar em restrição à liberdade individual, teria de provir de um ato de vontade do devedor, e, além disso, que todos os resultados desse ato eram justos: *qui dit contractuel dit juste*. Com isso ocorreu a **igualização** formal dos sujeitos jurídicos que tornou irrelevante a posição econômico-social das partes e os termos reais da troca econômica realizada, sendo suficiente a capacidade dos emitentes das declarações de vontade⁴. Os dois postulados fundamentais da doutrina individualista clássica resumiram-se nas seguintes fórmulas: *nenhuma obrigação sem contrato* e *toda obrigação livremente consentida é justa*.⁵ A doutrina chamou a esse fenômeno de voluntarismo, que chegou ao extremo de ignorar a existência anterior do direito objetivo ao atribuir à vontade o papel de fonte exclusiva da criação do Direito.⁶

2 O CONCEITO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO

O conceito de contrato não é estranho à doutrina administrativa, embora a doutrina administrativa divirja em reconhecer-lhe a existência como categoria autônoma do direito administrativo. Assim, uma corrente de autores negaria sua existência, por que não encontrariam no contrato administrativo as características presentes no contrato do direito privado, em especial a incidência dos princípios tradicionais. Assim, desta forma, a comparação entre os contratos privados e os contratos administrativos indicaria diferenças radicais que impediriam considerá-los espécies de um mesmo gênero. Uma segunda corrente de autores, em sentido oposto, sustenta que todos os contratos celebrados pela Administração seriam contratos administrativos, de modo que bastaria a presença da Administração num dos polos da relação jurídica para caracterizar o ajuste como contratual. Uma terceira corrente de autores o considera espécie do gênero contratos da Administração, submetido a regime jurídico de direito público que derroga

de efeitos jurídicos; no ato jurídico (não-negocial) o sujeito visaria a um fim extrajurídico, de modo que os efeitos jurídicos se produziram sem que o agente os tivesse em vista, ou os tivesse, mas num plano secundário.

A vontade constitui, segundo esta noção, o elemento essencial do negócio, não passando a declaração de simples meio de exteriorização dessa vontade que, como fato psíquico interno que é, seria, de outro modo, inapreensível.

4. Enzo ROPPO, *O contrato*, p.51.

5. Emmanuel GOUNOT, *L'autonomie de la volonté, en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, p. 61.

6. Orlando GOMES, *Transformações gerais do direito das obrigações*, p.9.

o direito privado contratual e o extrapola. Teríamos, então, contratos da Administração, como gênero, e contratos administrativos, como espécie.

O ordenamento jurídico brasileiro acolheu o contrato administrativo na medida em que o art. 54 da Lei 8.666/1993 o reconheceu com um regime jurídico que confere prerrogativas à Administração, em contraposição aos contratos da Administração, que obedecem apenas no que couber ao regime jurídico exorbitante (art. 62, § 3º, da Lei 8.666/1993).⁷ Desta forma, o contrato administrativo pode ser definido como “um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas sujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado”.⁸ Portanto, o contrato administrativo, se comparado com o contrato privado, apresenta peculiaridades,⁹ que poderiam ser resumidas na presença de prerrogativas de (a) modificar unilateralmente o conteúdo do contrato para melhor adequá-lo às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; (b) rescindi-lo unilateralmente, nos casos especificados; (c) fiscalizar lhe a execução; e (d) aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste.

Assim, o contrato administrativo pode ser caracterizado por fornecer à Administração prerrogativas que estão descritas no art. 58 da Lei

7. V., nesse sentido: Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Direito Administrativo*, 24ª ed., São Paulo, Atlas, 2011, pp. 254-255.

8. Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, 29ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2012, p. 633.

9. As peculiaridades são reconhecidas pela lei. O art. 54 da Lei 8.666/1993 estabelece que “os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado”. Por sua vez, o art. 58 estabelece que o regime jurídico dos contratos administrativos “confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: I – modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; II – rescindi-los, unilateralmente, nos casos indicados no inciso I do art. 79 desta Lei; III – fiscalizar lhes a execução; IV – aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste; V – nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelamento apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo”. De acordo com Marçal JUSTEN FILHO (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 13ª ed., p. 707): “Uma das características do regime jurídico dos contratos administrativos reside, tal como exposto, na atribuição à Administração Pública de competências peculiares, consistentes no dever-poder de inovar, unilateralmente, as condições originalmente pactuadas. Por tradição, essas competências são denominadas de prerrogativas especiais, mas isso não deve induzir o aplicador a uma interpretação literal. Não existem, num Estado Democrático de Direito, prerrogativas nem privilégios, na acepção medieval dos termos. Trata-se de competências subordinadas ao Direito e cuja atribuição deriva da concepção instrumental da Administração Pública”.

8.666/1993, dentre elas: a de instabilizar o vínculo contratual pela alteração unilateral e pela rescisão unilateral, a de fiscalizar a execução; a de aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste; ou, nos casos de serviços essenciais, a de assumir provisoriamente sua gestão. Para muitos, os poderes atribuídos à Administração seriam preceitos de ordem pública e não poderiam ser renunciados previamente por ela; mesmo quando não previstos expressamente no contrato seriam presumidos, de modo que a Administração sempre poderá fazer uso deles, exceto no que diz respeito a algumas sanções, como a de multa, que deve estar prevista no instrumento convocatório ou no contrato. Na verdade, exige-se a previsão da multa no instrumento convocatório ou no contrato, única e exclusivamente, pelo fato de o valor da multa ter que estar expressamente previsto, não podendo ser arbitrado pela Administração.

3 INFLUÊNCIA NO SISTEMA JURÍDICO FRANCÊS NA NOSSA CONCEPÇÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO

A teoria do contrato administrativo no sistema francês influenciou a compreensão do contrato administrativo no Direito brasileiro.

A partir do século XIX desenvolveu-se na Europa, em especial em França, a ideia de o particular associar-se ao Poder público para realizar certos interesses da coletividade. O ideal de associação consolidou-se em distintas fases.

Na primeira fase a Administração Pública sem poder explorar os serviços e realizar as obras de infraestrutura necessárias entregá-las ao particular com a promessa a ele de inúmeras vantagens mediante a celebração da concessão de serviços públicos sob o regime de direito privado, cuja estabilidade, derivada do consenso, impediria a atualização do serviço por exigências de interesse público, mediante alteração dos termos que fora pactuado. O nosso homenageado em sua obra *Direito Administrativo Sistematizado* explica-nos que “o Estado (Francês), por um bom tempo, ao ajustar a realização de obras e serviços ou a compra de bens, com os particulares, o fazia mediante a celebração de contratos de direito privados, descendo do seu pedestal de Poder Público e igualando-se àquele em direitos e obrigações. Tal era a sua situação, idêntica em tudo à do particular, que não se admitia pudesse a Administração modificar unilateralmente o contrato”.¹⁰

10. Toshio MUKAI, *Direito Administrativo Sistematizado*, 2ª edição, pág.367.

Numa segunda fase, no século XX, houve alteração das bases pactuadas para acolher com maior facilidade a modificação na redação dos contratos; a previsão de sanções com caráter preventivo e intimidativo; a aceitação de esquemas de revisão e pagamento de indenizações; a melhoria das condições de financiamento. O nosso homenageado, em sua obra, assinala o ano de 1902 e a decisão Deville-les-Rouen, do Conselho de Estado Francês, como inaugural da jurisprudência que, após, tornou-se clássica e que se consolidou no famoso aresto da cidade de Bordeaux, como inauguradora da possibilidade de o Poder Público alterar unilateralmente as cláusulas do contrato e, em consequência, o que se denominou contrato administrativo.¹¹

Com o uso do contrato administrativo e a dualidade de jurisdição instalada no sistema francês procurou-se instituir um critério que, em termos substanciais, permitisse distinguir contratos administrativos de contratos privados da administração. Os critérios dividiram-se em critérios substanciais e critérios formais.

Os critérios substanciais atenderiam às características do próprio contrato, como sujeitos (natureza jurídica das partes); fim (fim de imediata utilidade pública); objeto (objeto de serviço público); sujeição, cláusulas exorbitantes, enquanto os critérios formais estariam amparados em critérios extraídos das normas jurídicas como regime jurídico exorbitante ou a jurisdição competente.

De acordo com o critério da natureza jurídica das partes o contrato seria administrativo se uma das partes for uma entidade pública ou se uma das partes, ainda que pessoa jurídica de direito privado, agir em nome e por conta de uma entidade pública.

Conforme o critério do fim, o contrato seria classificado com contrato administrativo, se o contrato fosse celebrado com o fim de resguardar um interesse público, como um serviço público.

O critério da sujeição considera administrativo o contrato que contenha cláusulas de sujeição e cláusulas de remuneração, critério no entanto abandonado porque não abarcava contratos de execução instantânea e fora superado por um critério mais abrangente das cláusulas exorbitantes.

O critério da cláusula exorbitante sustenta que o contrato administrativo conteria cláusulas exorbitantes que atribuiriam à Administração poderes, direitos, prerrogativas e imporiam ao particular encargo, sujeições, sacrifícios não admitidos no direito contratual privado.

11. Toshio MUKAI, *Direito Administrativo Sistematizado*, 2ª edição, pág.367.

O critério misto procurou sustentar o contrato administrativo entorno das ideias de cláusulas exorbitantes e de serviços públicos. O critério misto ocorreu porque embora o critério da cláusula exorbitante substituísse o critério do serviço público, o Conselho de Estado o reabilitou em 1956, de modo que a doutrina teve que aceitar a coexistência desses dois critérios.

Para o critério do regime jurídico exorbitante, o contrato é administrativo porque o legislador sujeita o contrato administrativo a um regime jurídico especial, de modo que o contrato é administrativo por uma predeterminação legal.

De uma maneira geral a doutrina francesa optou por critérios cumulativos, como o critério orgânico e o material, enquanto a jurisprudência oscilou entre o critério do serviço público combinado com o critério da natureza exorbitante. Autores, no entanto, criticaram esse posicionamento doutrinário, fortemente amparado nas lições francesas, secundado, depois, pelo legislador. Maria João Estorninho alega que o contrato administrativo no ordenamento francês assentou-se sob uma premissa, que ela considera falsa, de que o contrato administrativo seria pela sua natureza diferente dos contratos privados e por isso sujeitar-se-ia a um regime jurídico especial e, também, à jurisdição administrativa. Para ela a sequência histórica correta seria a autonomia processual seguida da autonomia substancial e não o inverso. Haveria, por isso, um vínculo acentuado entre o aspecto processual da autonomia da jurisdição administrativa e o aspecto material de criação de normas de direito administrativo, que teve início com a lei 16 de 24 de agosto de 1790 que estabeleceu que a função judiciária era distinta da função administrativa e, por isso, permaneceriam separadas, de modo que a subtração da Administração Pública da jurisdição comum acabou por imunizá-la, também, da incidência das normas de direito privado, de modo que regras jurídicas foram criados pelos tribunais administrativos para disciplinar os conflitos com a Administração Pública.

Maria João Estorninho, por exemplo, sustenta que o contrato administrativo francês foi uma invenção da doutrina para encobrir o uso pela Administração de técnicas autoritárias onde tal lhes era vedado e surgiu quando a Administração começou a sentir-se imobilizada nos esquemas contratuais rígidos do Direito Privado, nos quais não podia mover-se a seu bel-prazer nem podia alterar as cláusulas ao sabor das variações do interesse público, embora a ela lhe repugnasse recorrer, pura e simplesmente, à solução unilateral e autoritária, de modo que lhe restou recriar o conceito de contrato administrativo para, sob a forma contratual, esconder a realidade

na qual a Administração poderia, em última instância, recorrer às suas prerrogativas de autoridade.¹²

A influência francesa sobre o conceito de contrato administrativo foi enorme, a ponto de o legislador ter incorporado as lições doutrinárias acerca do regime jurídico exorbitante.

4 INFLUÊNCIA DO SISTEMA JURÍDICO ALEMÃO

Podemos identificar dois momentos evolutivos no modelo de contratação pública no sistema jurídico alemão. O primeiro momento, considerado tradicional, caracterizado pela inadmissibilidade do contrato público, ideia defendida por Otto Mayer para quem não havia sentido falar-se em contrato administrativo no direito público porque o contrato pressuporia a igualdade jurídica das partes; o seu uso limitaria a capacidade futura de decisão da administração; não haveria fundamento legal para contratá-lo. O segundo momento, a partir da lei do procedimento administrativo, que o admitiu.

O entendimento acerca do contrato administrativo no sistema jurídico alemão, no entanto, é completamente distinto daquele apresentado pelo sistema francês. Na Alemanha a questão do contrato de direito público esteve vinculada ao fato de saber se a Administração Pública poderia prescindir do dever de exercer o poder administrativo e resolver situações por meio de acordo de particulares. Desta forma não haveria uma perfeita identificação entre contratos de direito público nos sistema alemão e contratos administrativos no sistema francês. Assim haveria uma distinção a ser feita entre os contratos de direito público e os contratos administrativos; eles seriam institutos distintos. Os contratos administrativos em França corresponderiam na Alemanha, até pouco tempo, ou a atos administrativos necessitados de aceitação ou a contratos privados celebrados pela Administração pública. Assim, o contrato público da Alemanha seria um contrato que teria por objeto uma relação jurídica administrativa que fundamenta, modifica ou extingue direitos e deveres jurídicos administrativos.

Desta forma, no direito alemão a Administração atuar tanto de forma jurídica pública, como de forma jurídica privada, de modo que a natureza jurídica do contrato deve ser determinada segundo critérios objetivos e determinar-se pelo objeto do contrato, cujo conteúdo diga ou não respeito ao exercício de uma competência pública.

12. Maria João ESTORNINHO, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Coimbra, Livraria Almedina, p.44.

O sistema brasileiro sofre, agora, influências do sistema alemão. Com efeito, há algum tempo alterações legislativas passaram a prever a possibilidade de um negócio jurídico firmado entre o particular e a Administração Pública versar sobre o exercício de uma competência pública. O artigo 26 da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro, por exemplo, prevê a celebração de compromisso com os interessados que verse sobre o exercício de competência relacionada com polícia administrativa. Com efeito, dispõe o artigo 26:

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

§ 1º O compromisso referido no caput deste artigo:

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

II – (VETADO);

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

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

Trata-se de um fenômeno que recebe, por parte da doutrina, o nome de administração concertada ou administração consensual, cujo pressuposto seria a comprovação da maximização do interesse público pela composição. Desta forma, há quem sustente que a Lei nº 13.655/18, que introduziu o artigo 26 acima citado na LINDB, conferiu *competência consensual de ordem geral ao Poder Público brasileiro* para celebrar acordo administrativo e *sepultou qualquer ordem de discussão sobre a indisponibilidade do interesse público*.¹³ Assim, *os acordos administrativos visam à celebração de pactos com a assunção recíproca de obrigações que, uma vez honradas, desencadeiam os efeitos almejados, como a terminação consensual de um processo ou a outorga definitiva de autorização ou licença*.¹⁴

13. Sérgio Guerra e Juliana Bonacorsi de Palma, Art. 26 da LINDB, in Revista de Direito Administrativo. Edição especial. *Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB*.

14. Sérgio Guerra e Juliana Bonacorsi de Palma, Art. 26 da LINDB, in Revista de Direito Administrativo. Edição especial. *Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB*, p.159.

É certo que o inciso III do artigo 26 coloca limites ao exercício da consensualidade ao proibir acordo que confira desoneração permanente de dever, de modo que continua irrenunciável o exercício de uma competência pública por parte da Administração Pública.

CONCLUSÃO

A compreensão do fenômeno do contrato administrativo no Brasil sofreu forte influência do sistema francês. Recentemente, sem renunciar a influência do sistema francês, é possível constatar, também, influência do sistema alemão, desta feita na admissibilidade de um negócio jurídico consensual cujo objeto seja o exercício de uma competência pública, desde que isso se revele melhor ao atendimento do interesse público.

BIBLIOGRAFIA

ALVES, José Carlos Moreira. Direito romano, vol. 2. Rio de Janeiro: Forense.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. Proteção do consumidor no contrato de compra e venda. São Paulo: Revista dos Tribunais.

BESSONE, Darcy. Do contrato, teoria geral.

CAENEGEM, R.C Van, Uma introdução histórica ao direito privado. São Paulo: Martins Fontes.

CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. Da boa fé no direito civil, Coimbra: Almedina.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do A obrigação como processo.

DINIZ, Maria Helena DINIZ, Curso de Direito Civil Brasileiro, Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais, 25ª edição. São Paulo: Saraiva.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 24a ed., São Paulo: Atlas, 2011.

ESTORNINHO, Maria João, Requiem pelo Contrato Administrativo, Coimbra: Livraria Almedina.

GARRIDO, Manuel Jesus Garcia GARRIDO. Derecho Privado Romano.

GODOI, Cláudio Luiz Bueno de Função social do contrato. São Paulo: Saraiva.

GOMES, Orlando. Transformações gerais do direito das obrigações.

_____ Contratos, 18ª edição. Rio de Janeiro: Forense.

GONÇALVES, Carlos Roberto, Direito Civil Brasileiro, 3, Contratos e Atos Unilaterais, 9ª edição. São Paulo: Saraiva

GORLA, Gino. El contrato.

GOUNOT, Emmanuel. L'autonomie de la volonté, en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 13a ed. São Paulo: Dialética.

MAINE, Henry Summer MAINE. L'ancien Droit, considéré dans ses rapports avec l'histoire de la société primitive et avec les idées modernes.

MAIORCA, Sergio, Il contratto, profili della disciplina generale.

MARQUES, Claudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor, o novo regime das relações contratuais. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 29a ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2012.

MESSINEO, Francesco e CICU, Antonio. Trattato di diritto civile e commerciale. Il contratto in genere, vol. XXI, t.1. Milão: Editora Giuffrè.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. Interpretação e integração dos negócios jurídicos.

MUKAI, Toshio. Direito Administrativo Sistematizado, 2ª edição, São Paulo: Quartier Latin.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil, v. 3. São Paulo: Saraiva.

POPP, Carlyle A eficácia externa dos negócios jurídicos, in Teoria Geral dos Contratos, coordenada por Renan LOTUFO e Giovanni Ettore NANNI. São Paulo: Atlas.

POTHIER, Robert Joseph. Tratado das obrigações pessoais e recíprocas, t.I, p.5, traduzido por José Homem Corrêa Telles.

REALE, Miguel. Nova fase do direito moderno.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da ROCHA, Curso Avançado de Direito Civil, volume 3, Contratos. São Paulo; Revista dos Tribunais.

ROPPO, Enzo. O contrato.

RODRIGUES, Silvio, Direito civil, vol. III. São Paulo: Saraiva

RUGGIERO, Roberto. Instituciones de derecho civil, t. II, p.251.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. Curso de direito civil, vol. III.

VILLEY, Michel. Esort et decadence du volontarisme juridique, passim, capítulo XIII, Leçons d'histoire de la philosophie du droit.

WIEACKER, Franz. História do Direito Privado Moderno. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

CAPÍTULO 46

OS DESASTRES AMBIENTAIS NO BRASIL E O DIREITO

TAISA CINTRA DOSSO

Graduada e Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP). Doutoranda em Urbanismo pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas/SP. Professora de Cursos de Pós-Graduação. Procuradora do Município de Ribeirão Preto/SP. Membro do Conselho Fiscal da Associação Nacional dos Procuradores Municipais. Conselheira Estadual da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional São Paulo.

INTRODUÇÃO

Os desastres ambientais que ocorreram no Brasil nos últimos 10 anos revelam que nosso problema não é legislativo, mas de efetiva aplicação da lei, mediante gestão dos riscos ambientais, rigorosa fiscalização e punição dos responsáveis pelos danos ao meio ambiente. Esse processo passa, necessariamente, pela conscientização social do valor do *bem ambiental*. Nesse contexto, o trabalho busca discutir o papel do Direito e das instituições na prevenção de desastres ambientais no país.

1 OS DESASTRES AMBIENTAIS NO BRASIL NA ÚLTIMA DÉCADA

Apesar de termos em nosso solo o chamado pulmão do mundo, a Floresta Amazônica, o Brasil registra um histórico preocupante de desastres ambientais.

Conhecidos também como catástrofes, os desastres ambientais ocorrem há centenas de anos em todo o planeta. Seja por um acidente ou mesmo por erro humano, esses acontecimentos deixam marcas significativas

para os habitantes das regiões afetadas, bem como ao meio ambiente, cuja recuperação pode levar décadas ou séculos.

Para fins didáticos, os desastres são descritos e classificados segundo suas causas, como naturais (*natural disasters*) ou antropogênicos (*man-made disasters*). Os *naturais* são aqueles decorrentes imediatamente de fenômenos naturais, atribuíveis ao exterior do sistema social, normalmente ligados aos sistemas geológico e meteorológico. Já os desastres *antropogênicos* são constituídos por desastres tecnológicos, como o uso da energia nuclear e as contaminações químicas, e sociopolíticos, como as guerras e conflitos, gerando os refugiados ambientais.¹

Em artigo recente sobre o tema, a partir da classificação acima, Délton Winter de Carvalho² leciona que

“(...) a grande maioria dos desastres decorre de uma sinergia de fatores naturais e antropogênicos (desastres mistos ou híbridos), sem que possa ser percebida uma prevalência de um destes, mas sim uma combinação de fatores híbridos num fenômeno de grandes proporções. (...) Os desastres consistem, conceitualmente, em cataclismo sistêmico de causas que, combinadas, adquirem consequências catastróficas”.

Os desastres, assim, são fenômenos compreendidos a partir de causas naturais, humanas e mistas sucedidas por eventos de grande magnitude, irradiando danos e perdas significativas ambiental e socialmente³.

Nesse sentido, é a definição normativa de desastres, conforme disposto no artigo 2º, II, do Decreto 7.257 de 2010, segundo o qual este consiste no “resultado de eventos adversos, naturais ou provocados pelo homem sobre um ecossistema vulnerável, causando danos humanos, materiais ou ambientais e consequentes prejuízos econômicos e sociais”.

Na história da humanidade, inicialmente, os desastres ambientais eram compreendidos apenas como eventos divinos, incontroláveis e exteriores. Após, caminham em direção a um momento em que servem como parâmetro que justifica uma antecipação racional, seja a partir das informações científicas disponíveis ou mesmo dos aprendizados obtidos com o passado.⁴

1. CARVALHO, Délton Winter de. *Direito dos desastres*. In FÁRIA, Talden; TRENNEPOHL, Terence. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 694-695.

2. Op. Cit. p. 695.

3. Id. *Ibid*, mesma página.

4. Id. *Ibid*, p. 670.

Considerado o primeiro desastre moderno, o terremoto de Lisboa, seguido de um tsunami, em 1775, evidencia a responsabilidade da conduta do homem nas catástrofes ambientais. Dois séculos depois, o acidente nuclear de Chernobyl, com a contaminação de radiação aos habitantes da região, com efeitos biológicos devastadores, inaugura a fase do acidente global, que tem efeitos incontornáveis, desconhecidos e de longa duração, que não terminam em si mesmo, mas deixam um rastro perene no planeta e em milhares de pessoas.⁵

Na última década no Brasil, tivemos tristes exemplos. Apenas para citar alguns⁶:

a) 2011 - Vazamento de óleo na Bacia de Campos - houve o vazamento de uma grande quantidade de óleo no Rio de Janeiro. A empresa americana Chevron despejou no mar cerca de três mil barris de petróleo, provocando uma mancha de 160 quilômetros de extensão, levando à morte muitos animais;

b) 2013 – Incêndio Boate Kiss - Foi uma tragédia que matou 242 pessoas e feriu 680 outras numa discoteca da cidade de Santa Maria, no Rio Grande do Sul. A tragédia ocorreu na madrugada do dia 27 de janeiro de 2013, e foi provocada pela imprudência e pelas más condições de segurança no local;

c) 2015 - Rompimento da barragem de Mariana - em 5 de novembro de 2015, o rompimento da barragem de Fundão, da Samarco, em Mariana (MG), provocou a liberação de uma onda de lama de mais de dez metros de altura, contendo 60 milhões de metros cúbicos de rejeitos. Em Minas Gerais, na última década, ocorreram desastres ambientais com mineração em Nova Lima (2001), em Miraf (2007), e em Itabirito (2014).

d) 2019 - Rompimento da barragem de Brumadinho - em 25 de janeiro de 2019, resultou em um dos maiores desastres com rejeitos de mineração no Brasil. A barragem de rejeitos classificada como de “baixo risco” e “alto potencial de danos”, estava localizada na região de Córrego do Feijão, no município brasileiro de Brumadinho, a 65 km da capital mineira, Belo Horizonte. O rompimento resultou em um desastre de grandes proporções, considerado como um desastre industrial, humanitário e ambiental, com mais de 180 mortos e 130 desaparecidos, gerando uma calamidade pública. O desastre pode ainda ser considerado o segundo

5. MONTANER, Josep Maria. *Arquitetura e política: ensaios para mundos alternativos*. São Paulo: Gustavo Gili, 2014, p. 100.

6. UNICAMP. *Principais desastres ambientais no Brasil e no mundo*. Disponível em: <<https://www.unicamp.br>>. Acesso em 27/2/2019

maior desastre industrial do século e o maior acidente de trabalho do Brasil.

A questão que se coloca é por qual razão ainda não conseguimos evitar essas tragédias. A frequência e a dimensão dos danos ambientais e humanos das catástrofes que ocorreram no Brasil na última década impõem uma reflexão: será que estamos lidando com a questão ambiental com a seriedade que ela demanda? Será que temos a real consciência da dimensão da importância do nosso meio estar protegido? Como nossas leis e nossas instituições podem agir para evitar outras tragédias?

Os fenômenos ambientais tendem a se agravar cada vez mais. Se não pudermos evitar as tragédias, ou ao menos minorar suas danosas consequências, devemos propor o debate sobre os caminhos que estão sendo seguidos, questionando-os. Se o combate à corrupção se fez aprendendo com os erros e tomando consciência do valor da coisa pública (*res publica*), com forte atuação das nossas instituições, os desastres ambientais ocorridos no Brasil na última década determinam que caminho semelhante seja adotado.

2 O PAPEL DO DIREITO E DAS INSTITUIÇÕES: O DIREITO DOS DESASTRES, A ATUAÇÃO DOS ÓRGÃOS AMBIENTAIS E A RESPONSABILIDADE POR DANOS AMBIENTAIS

Os desastres ambientais produzem consequências de toda ordem, e também, no campo do Direito. Nosso ordenamento jurídico abrange a questão, tanto sob uma perspectiva preventiva, através do direito dos desastres e da atuação dos órgãos ambientais, bem como de forma repressiva, através dos institutos da responsabilidade por danos ao meio ambiente.

Niklas Luhmann, em “O direito da sociedade”, fala da função imunológica do Direito em relação à sociedade. Segundo o autor, o sistema imunológico não se presta à correção de erros, mas ao enfraquecimento de riscos estruturais, permitindo ao sistema social fazer frente ao risco estruturalmente determinado de uma contínua reprodução de conflitos.⁷ Nesse sentido, pondera

“E também isso se encontra em consonância na teoria do sistema imunológico: o direito aprende por ocasião dos conflitos. Sem conflitos ele não surgiria, ou então não se renovaria e seria esquecido. (...) Desse modo, a formação de regras é uma espécie de criação de anticorpos, com

7. LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. São Paulo Martins Fontes, 2016, p. 765.

uma especificidade obtida de maneira casuística. Quando o sistema imunológico da sociedade não é aproveitado, ele também não aprende nem constrói os dispositivos apropriados para os casos de perturbação”.

No contexto do caráter imunológico do Direito, como sistema que cria os anticorpos visando o enfraquecimento de riscos estruturais gerados pelos conflitos sociais, os desastres ambientais ocorridos no Brasil na última década nos levam à reflexão sobre se essa função da ciência jurídica vem cumprindo seu papel.

O Brasil é conhecido como um país que apresenta farta produção legislativa. A elaboração de leis certamente é uma etapa importantíssima para a solução de problemas, mas insuficiente se não houver sua efetiva aplicação.

Na questão aqui debatida, tem-se diversos instrumentos normativos que regulamentam, direta ou indiretamente, o fenômeno dos desastres ambientais. Seja preventivamente, através do chamado *Direito dos Desastres*, que traz uma preocupação com a gestão dos riscos ambientais ou através da *atuação dos órgãos ambientais*, seja repressivamente, através da *responsabilização* dos agentes pelos *danos ao meio ambiente*.

Destaca-se, neste ponto, a intersecção entre os vários ramos do Direito, notadamente Direito Ambiental, Administrativo, Constitucional, Civil, Penal, entre outros, bem como a interdisciplinaridade do Direito com outros ramos do conhecimento, como Arquitetura, Engenharia, Urbanismo, Sociologia, etc.

Na segunda metade do século XX em meio à crise ambiental global pós-guerra, ocorre a *ecologização*⁸ dos ordenamentos jurídicos, sendo que no Brasil, a preocupação com a preservação do meio ambiente encontra no artigo 225 da Constituição Federal de 1988, sua proteção máxima:

“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 preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

Ressalta-se que o Brasil sediou duas Conferências internacionais, a *ECO 92*, realizada em 1992, no Rio de Janeiro, reunindo 178 países, resultando na *Agenda 21* e a *RIO + 20*, realizada em 2012, no Rio de Janeiro, reunindo 193 países, a qual reforçou os princípios e compromisso

8. Expressa adotada por Antônio Herman Benjamin. A respeito, ver ALVARENGA, Luciano J. *Introdução crítica ao direito ambiental: propedêutica, interdisciplinaridade e teleologia*. In: FÁRIA, Talden, TRENNEPOHL, Terence. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 39-42.

ambientais já assumidos desde a ECO 92, apresentando como centro da questão ambiental a erradicação da pobreza e a economia verde, resultando no documento “*O futuro que queremos*”.

No campo da normatização própria dos desastres ao meio ambiente, tem-se o Direito dos Desastres, o qual regulamente a gestão dos riscos ambientais, e que apresenta uma nexa de ligação com o Direito Ambiental a partir do contexto mundial de mudanças climáticas. Nesse sentido, esclarece Winter de Carvalho⁹

“Assim, o futuro do direito ambiental num contexto de mudanças climáticas apresenta-se ligado intimamente com o direito dos desastres. Em outras tintas, o que, na era industrial, consistia num dano ambiental, num momento pós-industrial, com todos os fatores cumulativos e incrementos no potencial tecnológico da humanidade, muitas vezes consistirá em um desastre ambiental.”

O autor destaca a capacidade do Direito dos Desastres modernizar o Direito Ambiental, uma vez que os desastres são causados ou exacerbados, constantemente, pelas falhas da regulação ambiental e, ao dirigir uma maior atenção a questões referentes à exposição desigual aos riscos, desigualdade e vulnerabilidade, fornece uma visão mais ampla dos sistemas sociais e circunstâncias que envolvem os desastres e suas causas, auxiliando na compreensão dos riscos ambientais ilícitos e dos danos ambientais¹⁰.

Num contexto em que o ato de declaração de estado de calamidade pública ou situação de emergência ganha relevância, o núcleo normativo do Direito dos Desastres no Brasil é formado pelo Decreto Federal n. 7.257/2010, Lei Federal n. 12.340/2010 e pela Lei Federal n. 12.608/2012.

A Política Nacional de Defesa Civil orienta sua atuação a partir da concorrência efetiva de quatro aspectos, denominados Planos Diretores da Defesa Civil: a) prevenção; b) preparação para emergência e desastres; c) resposta aos desastres e; d) reconstrução.

Dois aspectos merecem destaque com relação ao tema: a) a legislação apresenta nítido caráter preventivo, entretanto com pouca aplicação prática e; b) o sistema nacional não atribui destaque à função de compensação ambiental e financeira às vítimas.

Também no que tange ao aspecto preventivo dos desastres ambientais, o ordenamento jurídico pátrio prevê a *atuação dos órgãos ambientais*, seja através dos licenciamentos, seja através das fiscalizações, como forma de se evitar ou mitigar os efeitos danosos ao meio ambiente.

9. Op. Cit., p. 680.

10. Id. Ibid, p. 701.

A Constituição Federal, em seu artigo 23, incisos III, IV, VI, VII e IX atribui competência material comum à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, no intuito de promover a execução de políticas e preceitos relativos à proteção ambiental.

O artigo 30, incisos VIII e IX, da Constituição Federal determina competência material exclusiva do Município “promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano”, bem como “promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual”.

O exercício do *poder de polícia ambiental* é comum a todos os entes federativos, nos termos do artigo 23, inciso VI, da CF, não se confundido a *competência para exercer o poder de polícia* com a *competência para licenciar*, podendo a fiscalização e o licenciamento da atividade serem realizados por entes distintos.

A Lei Complementar nº 140/2011 regula as competências ambientais comuns entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, especialmente sobre licenciamento ambiental, sendo que o artigo 17, *caput*, da lei dá *prioridade*, para fiscalizar, ao órgão ambiental que realizou o licenciamento, sem prejuízo do exercício do poder de polícia pelos demais entes federativos, conforme estatui o § 3º do citado artigo.

Decorrente do dever específico do Poder Público de controlar a poluição (artigo 225, § 1º, V), sendo um dos principais instrumentos da política nacional do meio ambiente, o *licenciamento ambiental*¹¹ é um procedimento administrativo (artigo 1º, inciso I, da Resolução Conama nº 237/1997 e artigo 2º, inciso I, da LC nº 140/2011) exigido na construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental (artigo 10, *caput*, da Lei nº 6.938/1981).

O *Estudo de Impacto Ambiental (ELA)* é uma modalidade complexa de estudos ambientais, previsto no artigo 225 § 1º, inciso VI, da Constituição Federal, que incumbe ao Poder Público “exigir, na forma da lei, para

11. A competência para licenciar está disciplinada na LC nº 140/2011, bem como na Resolução nº 237/1997, adotando-se como critérios definidores: a) dimensão do impacto ambiental; b) domínio do bem público afetado e; c) no caso de unidade de conservação, será competente o ente federativo que a instituiu, exceto de se tratar de Áreas de Proteção Ambiental (APA). A lei prevê a atuação supletiva do ente federativo de maior abrangência territorial, quando o de menor, competente, não puder realizar o licenciamento, bem como a atuação subsidiária, que visa auxiliar o ente competente, quando houver deste solicitação

instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade”. O EIA é regulamentado pela Resolução Conama nº 01/1986 e, uma vez constatada a existência de significativa degradação ambiental, inexistente discricionariedade administrativa para realização do estudo prévio de impacto ambiental.

Além das atividades de fiscalização e licenciamentos, inúmeras outras atuações dos órgãos públicos, como emissão de alvarás, auxiliam na prevenção dos desastres ambientais.

Quanto ao *aspecto repressivo* das consequências danosas ao meio ambiente decorrente de desastres ambientais, a Constituição Federal prevê em seu artigo 225, § 3º, a *responsabilidade civil, administrativa e penal*, cumulativamente:

“§ 3º – As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

A questão da responsabilidade por danos ao meio ambiente nos parece a mais crítica. Nossa legislação é farta na matéria, com diversos diplomas legais e sanções de toda natureza, civil, administrativa e penal espalhadas no ordenamento jurídico. No entanto, os desastres ambientais ocorridos no Brasil na última década deixam evidente que a aplicação da lei não se fez rigorosa a tal ponto de coibir condutas lesivas ao meio ambiente.

O *dano ambiental* é a lesão aos recursos ambientais, que segundo a Lei nº 6.938/81, no artigo 3º, V, são considerados como tais “a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora” – com conseqüente degradação o equilíbrio ecológico.

No campo da *responsabilidade civil*, se busca a reparação (quando não possível, a compensação) do dano ambiental ocorrido, sendo a regra a da responsabilidade civil objetiva, independentemente da existência de culpa. Isso é o que dispõe a Lei nº 6.938/81, no artigo 14, § 1º:

“Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente de existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade.”

Basta, portanto, a simples ocorrência de dano ambiental e um nexo de causalidade entre essa ocorrência e a ação do sujeito causador da lesão ao

meio ambiente, para que a responsabilidade civil de reparação desse dano seja objetiva, não sendo necessária a ocorrência de culpa. É importante destacar que este sujeito causador pode ser pessoa física ou jurídica, de direito privado ou direito público.

Vale enfatizar o *Regime de Solidariedade Passiva entre os Responsáveis* pela ocorrência de dano ambiental. Na responsabilidade solidária, todos aqueles que direta ou indiretamente possam ter contribuído para a ocorrência do dano ambiental, podem ser chamados para sua reparação. Portanto, toda vez que se tem um passivo ambiental, tem-se o acúmulo de danos infligidos ao meio natural por uma determinada atividade ou pelo conjunto de ações humanas e, por conseguinte, um custo necessário para recuperar ou reparar os danos ambientais (montante do passivo ambiental).

Ou seja, todo passivo ambiental gera uma responsabilidade civil para a sua reparação, mitigação ou compensação, que se perpetua no tempo, até que o dano seja reparado, sendo a ação civil pública o instrumento processual próprio para o pleito.

Este é o posicionamento atual do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a responsabilidade civil por danos ambientais, seja por lesão ao meio ambiente propriamente dito (dano ambiental público), seja por ofensa a direitos individuais (dano ambiental privado), é objetiva, fundada na teoria do risco integral, em face do disposto no art. 14, § 1º, da Lei n. 6938/81. (RECURSO ESPECIAL Nº 1.373.788 – SP (2013/0070847-2)).

Já a *responsabilidade administrativa* tem como fundamento o poder de polícia administrativa, que permite ao poder público impor limites às condutas dos administrados, fiscalizando sobre todas as atividades e bens que afetam a coletividade.

Além do fundamento constitucional do § 3º do art. 225, a responsabilidade administrativa por danos ao meio ambiente possui previsão na Lei Federal nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre as sanções tanto penais quanto administrativas, derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente e também no Decreto Federal nº 6.514, de 22 de julho de 2008 (com alterações e acréscimos advindos do Decreto Federal nº 6.686, de 10 de dezembro de 2008), que dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente e estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações.

O conceito legal de infração administrativa ambiental está previsto no art. 70 da Lei nº 9.605/98 e, com a mesma redação, no art. 2º, do Decreto Federal nº 6.514/2008, como sendo “*toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente*”.

Com a constatação da ocorrência de uma infração ambiental administrativa, ocorre a lavratura de um “Auto de Infração Ambiental” (AIA), não sendo possível na esfera administrativa punir uma pessoa sem que tenha agido com culpa.

Confirmada a ocorrência de infração administrativa ambiental, o infrator, de acordo com a dimensão do dano ambiental e outras características do caso concreto, está sujeito ao cumprimento das penalidades administrativas impostas, tais como multa, apreensão de animais e produtos, demolição de obra, suspensão parcial ou total de atividades, e outras, conforme previsão no art. 70 da Lei nº 9.605/98, além de outras que eventualmente já tiver sofrido em caráter cautelar.

A *responsabilidade penal* é a mais rigorosa, podendo levar à prisão os responsáveis por danos causados ao meio ambiente, notadamente no caso de desastres ambientais, estando a matéria sistematizada também na Lei n. 9.605/98 - a Lei de Crimes Ambientais, a qual traz especificidades dos crimes ambientais, regulamentando uma listagem específica de situações para condutas lesivas ao meio ambiente.

Deve-se sempre ressaltar que em matéria de responsabilidade penal ambiental, o infrator só responde pelo crime praticado se a ele houver dado causa ao menos culposamente, não havendo pois responsabilidade objetiva no âmbito criminal ambiental.

Para apuração de responsabilidade criminal ambiental, nos termos do art. 6º da Lei de Crimes Ambientais, impõe-se como condição para a graduação da penalidade, em cada caso, a observância dos seguintes aspectos: a gravidade do fato, as consequências para a saúde pública e meio ambiente, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do acusado e, no caso de eventual pena de multa a situação econômica do agente.

Podem ser responsabilizadas criminalmente por danos ambientais as pessoas físicas, desde que tenham agido com culpa ou dolo, podendo sofrer penalidades como penas privativas de liberdade ou restritivas de direito, bem como as pessoas jurídicas, podendo-lhes ser aplicadas as penas de multa, restritivas de direitos e prestação de serviços à comunidade. Nesse sentido, prevê o artigo 3º da Lei de Crimes Ambientais

“As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade”.

Dentre os requisitos necessários para se responsabilizar uma pessoa jurídica pela prática de crime ambiental, exige-se que (1) a infração penal

tenha sido cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado; (2) que a infração tenha sido cometida no interesse ou benefício da pessoa jurídica.

Apesar de a responsabilização da pessoa jurídica que pratica crimes ambientais ser uma tendência mundial, bem como os seus fundamentos legais estarem previstos há tempos na Constituição Federal de 1988 e na Lei de Crimes Ambientais de 1998, o alcance e as formas de responsabilização criminal ambiental das pessoas jurídicas estão sendo estabelecidos somente nos últimos anos pelas decisões dos Tribunais Superiores, podendo sua aplicação ser utilizada como efetivo instrumento de prevenção de futuros desastres ambientais.

Por fim, o papel das instituições no Brasil no enfrentamento dos desastres ambientais revela-se cada vez mais importante. Como evento complexo, há várias frentes de atuação.

A atuação dos Poderes da República Federativa do Brasil é essencial, aliás, como determina a Constituição Federal, em seu 3º, constituem objetivos fundamentais desta, República Federativa (1) construir uma sociedade livre, justa e solidária; (2) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e (3) promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Tais objetivos dão à Carta Política um sentido de transformação, a que Bouventura de Sousa Santos¹² chama de “vontade de lutar por alternativas”. No caso do objeto aqui em estudo, a busca por alternativas à situação extremamente preocupante dos desastres ambientais no Brasil, considerando o referencial histórico do passado e os premeditados sinais de fúria da natureza, impõe uma atuação forte das instituições como forma de, senão evitá-los, minorar as chances de ocorrência ou de suas consequências.

O Poder Legislativo é o responsável pela elaboração da lei, mas conforme exposto anteriormente e demonstrado ao longo do trabalho, nossa questão não é falta de leis sobre o tema. Ao contrário, há farta produção legislativa, tanto no aspecto preventivo como repressivo no tocante à questão dos desastres ambientais.

Ao Poder Executivo cabe assim dar fiel aplicação à lei, mediante rigorosa fiscalização e autorização de empreendimentos e serviços que tenham na proteção do meio ambiente, uma preocupação maior. Apenas

12. Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. 7ª edição. São Paulo: Cortez, 2000. p. 324.

desse modo se poderá senão evitar, minorar as drásticas consequências ambientais, humanas e sociais dos desastres ambientais.

Ao Poder Judiciário e às demais instituições essenciais à Justiça, como Advocacia, Ministério Público e Defensoria Pública, cabem buscar pela efetiva responsabilização dos agentes, pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, pelos danos ambientais.

A Lei de Crimes Ambientais traz inúmeras condutas tipificadas como violadores à proteção do meio ambiente e que, portanto, devem ser firmemente punidas, gerando-se a certeza do combate à tais crimes, inibindo condutas futuras. Se o combate à corrupção se fez aprendendo com os erros, com forte atuação das nossas instituições, os desastres ambientais ocorridos no Brasil na última década impõem que caminho semelhante seja adotado.

Como eventos híbridos que são, uma comunhão de causas naturais e humanas, com devastadoras consequências ambientais e sociais, as catástrofes ambientais reservam ao Direito e às instituições buscarem pela aplicação da lei, aprimorando a gestão dos riscos ambientais, fiscalizando e punindo, com rigor, os responsáveis pelos danos.

3 O BEM AMBIENTAL

A consciência do problema da necessária preservação do meio ambiente por evidente é uma questão global, como bem pontuam os arquitetos Josep Maria Montaner e Zaida Muxi¹³ ao refletirem sobre os desastres ambientais pós-Chernobyl

“Esta é a essência de nosso mundo pós-Chernobyl: saber que esta sociedade tardo-capitalista conduz à destruição, à poluição e ao abismo, mas não adotar medidas para evitá-los e para criar novos sistemas econômicos, sociais e energéticos. Parece ser preferível conviver explicitamente com o acidente, esconder a cabeça e atrasar uma mudança imprescindível. Apesar dos diligentes avisos do cada dia mais evidente fenômeno do aquecimento global, com o degelo dos polos e com o aumento paulatino do nível do mar, a capacidade de reação continua sendo pouca em nossa era afetada pela “síndrome pós-Chernobyl”, preferimos nos esquecer tomando o narcótico efêmero do consumo”.

Particularmente no Brasil, o país que carrega o pulmão do mundo (Floresta Amazônica) e que já sediou duas Conferências Mundiais sobre o

13. MONTANER, Josep Maria. *Arquitetura e política: ensaios para mundos alternativos*. São Paulo: Gustavo Gili, 2014, p. 103.

Meio Ambiente (ECO 92 e RIO + 20), a conscientização social do valor do *bem ambiental* é urgente.

A ministra Rosa Weber, Relatora no julgamento da ADI/DF 4.066, em 24/08/2017, que discutiu a questão do amianto, reconhece a natureza jurídica do *bem ambiental* como essencial à sadia qualidade de vida da pessoa humana, em consonância com as lições de Celso Antonio Pacheco Fiorillo. Nesse sentido:

“Direta e necessariamente extraídos da cláusula constitucional do direito à saúde tomada como princípio, somente podem ser afirmados, sem necessidade de intermediação política, os conteúdos desde já decididos pelo Poder Constituinte: aquilo que o Poder Constituinte, representante primário do povo soberano, textualmente decidiu retirar da esfera de avaliação e arbítrio do Poder Legislativo, representante secundário do povo soberano. Adotar essa postura frente às cláusulas constitucionais fundamentais não significa outra coisa senão levar a sério os direitos, como bem lembra o renomado professor da Escola de Direito da Universidade de Nova Iorque, Jeremy Waldron (...).

Esse mesmo cuidado deve ser adotado pela Corte no que se refere à cláusula constitucional proclamadora do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como essencial à sadia qualidade de vida (art. 225), sobre a qual registro a análise minuciosa de Celso Antônio Pacheco Fiorillo, para quem a Constituição da República conclui pela presença de quatro concepções fundamentais no âmbito do direito ambiental: a) de que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; b) de que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado diz respeito à existência de um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, criando em nosso ordenamento o bem ambiental; c) de que a Carta Magna determina tanto ao Poder Público como à coletividade o dever de defender o bem ambiental, assim como o dever de preservá-lo; d) de que a defesa e a preservação do bem ambiental estão vinculadas não só às presentes como também às futuras gerações.” (grifo nosso)

O reconhecimento pelo STF de que a Constituição Federal criou o *bem ambiental* é um passo importante, porém não suficiente se não houver efetiva apropriação do conceito e atuação institucional no sentido de sua intransigente defesa e proteção.

Nas últimas décadas, tem havido um aumento tanto nos riscos como nos custos que envolvem os desastres ambientais, em razão de alguns fatores determinantes para a amplificação da sua ocorrência e magnitude,

tais como: a) condições econômicas modernas; b) crescimento populacional e tendência demográfica; c) decisões acerca da ocupação do solo; d) infraestrutura verde e construída e; e) mudanças climáticas.¹⁴

No caso do Brasil, merece especial atenção a questão relativa às *decisões acerca da ocupação do solo*, que consistem em fatores de incremento dos riscos e custos decorrentes dos desastres, como a ocupação de áreas de risco como em áreas de preservação permanente (APP), sobretudo por população de baixa renda, intensificando-se os riscos de inundações e deslizamentos.

No tocante à observação do meio ambiente como *infraestrutura verde*, este atua como elemento de proteção a desastres, como florestas, dunas e restingas, seja atuando como bloqueio natural aos impactos de um desastre, diminuindo ou desviando as forças da natureza da direção das comunidades humanas, seja após os impactos, essa servirá novamente para prover bens e serviços de fundamental importância para a recuperação econômica e física do local atingido.

Sob essa perspectiva, Winter de Carvalho¹⁵ pontua que a observação do meio ambiente como infraestrutura verde demonstra não apenas sua condição de bem ambiental, mas também de serviços ecossistêmicos, encorajando uma maior valorização no monitoramento, manutenção e recuperação destas áreas.

É nesse contexto que a advogada escocesa Polly Higgins, diante dos desastres da mineração no Brasil, luta para incluir o *ecocídio*, a morte do meio ambiente, na lista de *crimes contra a paz*, ao lado de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e os crimes de agressão. Na prática, segundo a advogada, significaria que atrocidades cometidas por empresas poderiam ser levadas ao Tribunal Penal Internacional (TPI).¹⁶

Assim, seja na condição de bem ambiental ou de serviços ecossistêmicos, o processo de prevenção dos desastres ambientais no Brasil passa, necessariamente, pela conscientização social do valor do meio ambiente para a sociedade.

14. CARVALHO, Délton Winter de. Op. Cit, p. 673.

15. Id., Ibid, p. 675.

16. EL PAÍS. *Os desastres da mineração no Brasil podem ser julgados como crimes contra a humanidade*. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2019/02/22/politica/1550859857_043414.html>. Acesso em: 2/3/2019.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU DALLARI, Adilson; CAMPOS LIBÓRIO DI SARNO, Daniela (Coord.). Direito urbanístico e ambiental. 2 ed. rev. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

ALVARENGA, Luciano J. Introdução crítica ao direito ambiental: propedêutica, interdisciplinaridade e teleologia. In: FARIA, Talden; TRENNEPOHL, Terence. Direito ambiental brasileiro. São Paulo Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 34-46.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. Ecocivilização: ambiente e direito no limiar da vida. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

CARVALHO, Délton Winter de. Direito dos desastres. In FARIA, Talden; TRENNEPOHL, Terence. Direito ambiental brasileiro. São Paulo Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 669-714.

EL PAÍS. Os desastres da mineração no Brasil podem ser julgados como crimes contra a humanidade. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2019/02/22/politica/1550859857_043414.html>. Acesso em: 2/3/2019.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. 19 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LUHMANN, Niklas. O direito da sociedade. São Paulo Martins Fontes, 2016.

MILARÉ, Édis. Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco. Doutrina. Jurisprudência. Glossário. 5º edição. ref. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MONTANER, Josep Maria. Arquitetura e política: ensaios para mundos alternativos. São Paulo: Gustavo Gili, 2014,

SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. 7º edição. São Paulo: Cortez, 2000.

UNICAMP. Principais desastres ambientais no Brasil e no mundo. Disponível em: <<https://www.unicamp.br/unicamp/ju/noticias/2017/12/01/principais-desastres-ambientais-no-brasil-e-no-mundo>>. Acesso em 27/2/2019.

WIKIPEDIA. Incêndio na boate Kiss. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org>>. Acesso em 27/2/2019.

WIKIPEDIA. Rompimento de barragem em Brumadinho. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Rompimento_de_barragem_em_Brumadinho>. Acesso em 27/2/2019.

CAPÍTULO 47

INTERVENÇÃO ESTATAL NO DOMÍNIO ECONÔMICO: A DICOTOMIA ENTRE ABSENTEÍSMO E INTERVENCIONISMO E A CRISE DAS DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS

THAÍS DUARTE ZAPPELINI

Advogada; Doutoranda e bolsista do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Político e Econômico na Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM); Mestre em Direito Político e Econômico pela UPM, na qual estudou como bolsista de dedicação exclusiva (fundo Mackpesquisa); é Bacharel em Direito pela mesma Universidade; estudou na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa (Portugal) e segue as linhas de pesquisa da Filosofia Política e Direito Constitucional.

CAROLINE LOPES PLACCA

Advogada; Mestre em Direito Político e Econômico pela UPM, na qual estudou como bolsista CAPES/PROSUC; é Bacharel em Direito pela mesma Universidade; estudou na Faculdade de Direito da Universidade de Valladolid (Espanha) e segue as linhas de pesquisa de Direitos Humanos e Direito Constitucional.

INTRODUÇÃO

A extensão e o alcance da intervenção do Estado na economia são objetos de constante debate no que tange às complexidades factuais e

jurídicas das economias contemporâneas. A seriedade das consequências de escolhas políticas, neste âmbito, afeta a qualidade e a saúde das democracias.

Este trabalho tem o objetivo de refletir acerca da relação Democracia-Economia, dispondo sobre a evolução da atividade estatal na economia, por meio de uma análise crítica e dedutiva, abordando a afinidade entre Estado de Direito e Estado Social, as principais características deste e as suas repercussões para o avanço dos direitos dos cidadãos, além das discrepâncias entre os modelos liberais e intervencionistas, respectivamente atrelados ao Estado Liberal e Social. Para tanto, as considerações de Toshio Mukai sobre a participação do Estado na atividade econômica foram tomadas como diretrizes teóricas.

A primeira parte deste estudo apresenta a construção do Estado social e as influências de seu desmantelamento no pensamento econômico do século XXI. Subsequentemente, trata-se de alguns marcos e políticas imperativos à abordagem da relação Estado-economia.

Na sequência, a segunda parte considera os limites do intervencionismo no âmbito constitucional, discorrendo sobre a vertente protecionista, inclusive no texto da Constituição Federal de 1988, explicitando a aproximação do princípio democrático, da democracia econômica com políticas intervencionistas e absentéistas.

Demonstra-se que a Constituição pátria apresenta um arcabouço principiológico que norteia a aplicação das normas econômicas e que, nesse sentido, sendo o Brasil um Estado Democrático de Direito, ele assume como norte uma política garantidora da participação livre e igualitária de todos os agentes econômicos no ambiente de mercado, de modo que a Constituição de 1988 caracteriza-se como instrumento normativo que busca o desenvolvimento econômico amparado na democracia.

O mero cumprimento de procedimentos democráticos não garante a justiça social, o desenvolvimento e a igualdade material. Este contexto, unido a uma crise econômica e de confiabilidade das instituições, acarreta o questionamento de todo o sistema democrático nacional, criando instabilidades e a relativização de direitos, sendo, portanto, essencial a reflexão sobre a atuação econômica do Estado.

1 O DESMANTELAMENTO DO ESTADO SOCIAL: CONSEQUÊNCIAS AO ESTADO CONTEMPORÂNEO

1.1 ESTADO DE DIREITO E ESTADO SOCIAL

O Direito como fenômeno histórico que atende às formas sociais, possui uma relação estrita e indissociável com a Economia. A desenvoltura do Estado Moderno deu-se a partir da correlação entre a forma capitalista mercantil e a forma jurídica, de modo que o cenário pré-capitalista era desprovido de instrumentos suficientes para essa organização.

Nesse viés, tratar da intervenção do Estado na economia implica a abordagem de alguns pontos essenciais do pensamento econômico que influenciaram a conjuntura atual. Afinal, a busca pela conciliação do princípio democrático com o desenvolvimento econômico é um caminho tortuoso, que continua a ser travado nos dias de hoje e enfrenta vastos obstáculos à sua consecução.

As economias contemporâneas colocam-se frente a uma crise que, além de financeira, envolve a legitimidade e a representatividade democráticas. Destarte, a contraposição entre o Estado Providência e o Estado Mínimo é uma discussão remanescente, cujas vicissitudes fazem pairar questionamentos acerca das conjunturas atuais.

A denominada “intervenção do Estado no domínio econômico” é um fenômeno que foi difundido com o advento do Estado Social e deu-se em detrimento de regimes de política alastrados pelas vias do Absolutismo dos monarcas europeus dos séculos XVII e XVIII. O seu antecessor, o Estado abstencionista liberal foi erigido ante a proposta de limitação do poder estatal para a salvaguarda de liberdades essenciais, pautando-se na livre concorrência e na liberdade do trabalho.¹ Em outras palavras:

Nasce na Alemanha a concepção do Estado Social, defluindo daí o moderno pensamento econômico e jurídico do Estado Social de Direito.

Parte-se dos fatos econômicos e sociais para as formulações dos teóricos alemães e depois de outros países, e delas (do sentido social de direito, defendido pela doutrina e pregado por uma escola) para o Direito Social.

O pensamento econômico do século XX, mormente após 1936, cristaliza-se nesta concepção, através da sua evolução das teorias neoclássicas e neoliberais para a teoria da

1. MUKAI, Toshio. *Participação do Estado na atividade econômica: limites jurídicos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1979. p.9.

economia do bem-estar social [...]

A inserção do Estado Social no Estado de Direito traduz um tempo que impõe ao Estado contemporâneo, sua ingerência no domínio particular, isto é, no todo social. E isto fica claro se, examinarmos algumas das mais expressivas Constituições contemporâneas.²

Nesse cenário, em contrapeso ao intervencionismo estatal, um grupo de intelectuais pugnavam pela implantação de um capitalismo livre de entraves que freasse seu desenvolvimento. É necessário, todavia, ressaltar que em boa parte dos ordenamentos jurídicos ocidentais ocorre a coexistência de princípios liberais e sociais, inclusive no direito pátrio.³

Autores como Friedrich Hayek afirmavam que as dificuldades enfrentadas pelos países ocidentais eram provenientes das pressões do operariado por melhores salários, resultando em despesas excessivas do Estado. O Estado de bem-estar (*Welfare State*) social contraiu, assim, a imagem de mau administrador da economia, inoperante para o progresso econômico.⁴

Ou seja, o *Welfare State* teve a sua construção pautada em sintomas relacionados à perda de dinamismo econômico das principais economias ocidentais nos anos 70 e mostra-se muito presente no debate contemporâneo sobre a reestruturação das relações Estado-Sociedade-Mercado, mediante a crise do sistema de proteção social.⁵

Acompanhando o entendimento de Pierre Rosanvallon,⁶ o Estado-Providência, que se funda no indivíduo como categoria social e política, como também Estado fiscal, busca o desenvolvimento da economia e sociedade de mercado. Segundo Draibe e Wilnês, a crise enfrentada pelo Estado atualmente está enraizada nos desdobramentos perversos de suas contradições, seja na relação Estado-igualdade, no plano dos valores, seja no que tange à fragmentação social, de modo que as saídas para a crise não podem ser pensadas unicamente nos quadros das alternativas de estatização

2. Ibidem, p. 10.

3. Ibidem, p.11-12.

4. Ibidem, p. 17-19.

5. DRAIBE, Sônia; WILNÊS, Henrique. “*Welfare State*”, crise e gestão da crise: um balanço da literatura internacional. Revista brasileira de ciências sociais. São Paulo, v. 3, n.6, p. 53-78, fev. 1998. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_06/rbcs06_04.htm> Acesso em: 27.09.2016. p. 54-60.

6. ROSANVALLON, Pierre. *A nova questão social: repensando o Estado Providência*. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 1998.

ou privatização, já que um Estado forte é aquele capaz de enfrentar as resistências sociais.⁷ Nesse sentido:

Uma pequena mudança no limite da alocação de recursos provocaria enorme mudança na qualidade de vida. Ao invés de tratar os *Welfare States* como um luxo acessível apenas aos países ricos, os países em desenvolvimento poderiam inverter a sequência histórica seguida pelos industrializados. Naqueles países onde grassam a pobreza, a exclusão e o desemprego, o *Welfare State* é necessidade imediata.

Políticas de emprego se interligam, como vimos, com muitas outras, sejam políticas sociais, ambientais, científicas e tecnológicas, econômicas, financeiras ou outras. Entretanto, começar a agir pela política de emprego tornaria possível identificar as contribuições necessárias de outros setores para atacar a exclusão social e a pobreza em suas raízes.⁸

Quer dizer, o declínio do Estado Benfeitor ante o esgotamento de suas potencialidades e o dismantelamento de seus mecanismos compensatórios e redistributivos impôs, portanto, um desafio de revisão e avanço teórico, de tal sorte que a crise econômica vem solapando as bases de financiamento dos gastos sociais e os Estados vêm sendo cada vez mais incapazes de atender às exigências financeiras impostas pelos programas atuais.⁹

1.2 ESTADO E ECONOMIA: UMA RELAÇÃO DIVERGENTE

Na parte final do século XIX até os dias atuais, podemos generalizar a relação Estado-economia em três etapas principais: o período imediatamente após a etapa liberal, na qual o Estado apenas se ocupou de manter a concorrência; em seguida a intervenção parcial do Estado na Economia, de modo a assumir os meios de produção e uma terceira etapa, em que o Estado planifica a Economia. Entre a segunda e a terceira etapa, tem-se a direção geral da economia, por meios legais e monetários.¹⁰

Perpassando tais etapas, o intervencionismo do Estado, que ficou conhecido como uma reação ao liberalismo, e teve como corolários Sismondi e Dupont-White, propunha que a função do Estado era compor os conflitos entre classes e manter o equilíbrio dos conflitos econômicos,

7. DRAIBE, Sônia; WILNÊS, Henrique. op. cit., p. 65 e ss.

8. SACHS, Ignacy. *O problema da democracia econômica e social*. Estud. av., São Paulo, v. 8, n. 21, p. 7-20, ago. 1994. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em: 05.01.19. p. 18.

9. DRAIBE, Sônia; WILNÊS, Henrique. op. cit., p. 60-64.

10. MUKAI, Toshio. op. cit., p.20.

admitindo-se a intervenção estatal como forma de atuação assistemática, constituindo a parte da etapa histórica, posterior à liberal.¹¹

Em se tratando da relação entre liberalismo e o intervencionismo, são duas perspectivas diversas, senão antagônicas, de se compreender a relação entre Estado e Economia, das quais fluíram o Estado liberal e o Estado social. Se o primeiro teve como cerne a intervenção estatal mínima na economia, pugnando liberdade aos atores econômicos no mercado, de forma a buscar uma autorregulação, o segundo preconizou a intervenção do Estado com o viés de assegurar os direitos sociais.¹²

A desenvoltura do papel intervencionista do Estado é consequência de diversas incongruências enfrentadas pelo modelo liberal, perpassando a Revolução Industrial, com as suas implicações na proletarianização; a ruptura da tradição do liberalismo econômico clássico, advinda com a Primeira Guerra Mundial; a crise de 1929, que impôs a urgente necessidade de intervenção do Estado na economia, combinando a iniciativa privada e a ação governamental; a Segunda Guerra Mundial, que cominou o controle estatal de recursos sociais; além das crises cíclicas da economia; da insubsistência do ideal da livre força do mercado e da alteração paradigmática de liberdade negativa para liberdade positiva.¹³

Na sequência, quanto à chamada “intervenção conformadora”, foi uma denominação criada pelos neoliberais, buscando a correção do mercado pelo Estado e permitindo um intervencionismo para o melhor funcionamento da liberdade de iniciativa e organização, opondo-se aos excessos de intromissão do Estado nos assuntos econômicos. E, nesse âmbito, o que viria a ser conhecido como “dirigismo” ou “dirigismo racional” indica uma atuação sistemática e calculada do Estado sobre a economia, tornando-se um postulado de técnicas de direção por medidas administrativas e legais.¹⁴

O Estado planejador ou “planismo”, por sua vez, é uma expressão que surgiu para aceitar como característica básica do Estado a sua atuação na economia, “conciliando seu poder com as forças produtivas internas

11. *Ibidem*, p.20-21.

12. CENCI, Ana Righi; BEDIN, Gabriel de Lima; FISCHER, Ricardo Santi. *Do liberalismo ao intervencionismo: o estado como protagonista (des)regulação econômica*. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2011, vol. 3, n. 4, Jan-Jun. p. 78.

13. *Ibidem*, p. 85.

14. MUKAI, Toshio. *op. cit.*, p.21-22.

para a superação das desigualdades sociais. [...] Assim, a relação Estado-economia não é mais uma direção coativa ou racional somente”.¹⁵

Segundo Toshio Mukai, “Estado dominador da economia” é uma expressão que reflete a relação Estado-economia nos dias atuais, referindo-se ao poder de influência do Estado de preservar a liberdade da atividade, um “poder-dever” estatal sobre a economia, de modo que não se fala em intervencionismo, mas sim de um Estado prestacionista.¹⁶

Em suma, persiste a constante tensão entre o absenteísmo e o intervencionismo estatal, afrontando a aceleração no fluxo de capital e do mercado financeiro, de tal sorte que a roupagem do “neoliberalismo” no Estado democrático constitucional tem a sua atuação submetida à necessidade de regular as relações econômicas com o adendo de evitar o colapso do sistema e o alastramento de significativas crises financeiras.¹⁷

Nota-se que no decorrer do processo histórico de conquista e expansão dos direitos civis e políticos, a ação do Estado era orientada por um vetor igualitário, ao passo que no campo social e econômico, em meio a regras de organização, produção e distribuição de excedente de um sistema capitalista, o alcance da igualdade torna-se intangível pela acumulação capitalista e indesejado pela difusão dos valores modernos (como o individualismo).

E nesse movimento, a igualdade sofre uma perda de importância como valor social universal, sendo colocada em segundo plano mediante a busca pela segurança, por exemplo, e as medidas de redução das desigualdades parecem não apresentar o mesmo respaldo social e político, tornando difícil ao contribuinte comum julgar aumentos de impostos ou contribuições como recurso legítimo e necessário do Estado.¹⁸

O constitucionalismo moderno surgiu sob a égide do Estado Liberal, e com a evolução dos modelos de Estados outros direitos foram sendo reconhecidos e conseqüentemente incorporados às Constituições. A disposição de questões econômicas nos textos constitucionais demonstra como o rol de obrigações do Estado com relação ao bem estar social foi inflado, tornando-se garantia jurídica. Passaremos a abordar o tratamento das Constituições Econômicas ocidentais sobre a temática, em especial,

15. Ibidem, p.22-23.

16. Ibidem, p.24-25.

17. CENCI, Ana Righi; BEDIN, Gabriel de Lima; FISCHER, Ricardo Santi. op.cit., p. 91.

18. CARDOSO JÚNIOR, José Celso. *Da crise do Estado-providência à nona questão social: alcances e impasses no pensamento de Pierre Rosanvallon*. Leituras de Economia Política, Campinas, (9): 41-61, dez. 2001. Disponível em: <<http://www.revistalep.com.br/index.php/lep/article/viewFile/9/4>>. Acesso em: 21.02.19. p. 45.

como a intervenção do Estado no domínio econômico foi disposta pela Constituição da República Federativa Brasileira de 1988.

2 LIMITES JURÍDICOS AO INTERVENCIONISMO E A CRISE DEMOCRÁTICA DO SÉCULO XXI

2.1 FACETAS DO INTERVENCIONISMO

A Constituição como declaração da vontade política de um povo, ato de soberania, ou ato constituinte é fruto do conflito de forças político-sociais (resolução pela superação) e surge com o objetivo imediato de garantir a unidade do povo. Ainda que a doutrina publicista tradicional entenda que o povo e o poder constituinte não têm lugar no Direito Constitucional por não serem “categorias jurídicas” cabe esclarecer, contudo, que as questões constitucionais essenciais são políticas.¹⁹

A atual concepção de Constituição e constitucionalismo é fruto do séc. XVIII, de tal sorte que se deve restituir cada doutrina ao seu próprio tempo, rejeitando a tentativa de se atualizar concepções antigas ou medievais ou nelas tentar encontrar raízes do Constitucionalismo moderno. As circunstâncias históricas europeias e ocidentais suscitaram a forma de lei geral de organização do Estado, com cerne em ideias pós revoluções liberais, concepção esta que conviveu com a da Constituição como estrutura política. Em outras palavras, a visão a-histórica da Constituição é fruto do Constitucionalismo liberal, assim como a sua pretensão de eternidade.²⁰

A neutralidade das Constituição é ilusória e o Constitucionalismo não deve ter qualquer primazia ideológica que não o obrigue ser continuamente colocado à prova na esfera democrática. Afinal, a democracia não é mera técnica jurídica de elaborar normas. Da teoria da Constitucionalista, pelo princípio democrático, entendendo-se a democracia como categoria jurídica, não exclusivamente política somente a Constituição democrática é autêntica e normativa para limitar efetivamente o poder, entrelaçando validade e legitimidade. O princípio legitimador da Constituição, assim, assume a democracia em sua dimensão material, não apenas procedimental.

21

19. BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição*: para uma crítica do constitucionalismo. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 14.

20. BERCOVICI, Gilberto. op. cit., p. 20-33.

21. *Ibidem.*, p. 33-43.

O Estado Social apresenta uma Administração que procura favorecer a igualdade material, para além de enunciados programáticos e abstratos e no Brasil é acolhido pela Carta de 1934.²² Ante o conflito entre direitos sociais e desenvolvimento econômico, os neoclássicos passaram a propor uma competição organizada, ao invés de uma liberdade de concorrência pura.

A teoria da moeda e do emprego de Keynes na década de 1930 traria modificações profundas no pensamento econômico do século, discutindo não mais a legitimidade, mas a presença do Estado no campo econômico.²³ Isto é, a evolução do Estado liberal para o Estado Social de Direito nos países ocidentais pode ser traduzida, a nível constitucional, pela existência de uma ordem econômica, que passa a ser disposta e organizada a partir de uma Constituição Econômica.²⁴ Leia-se:

Considere-se a Constituição Econômica, também, como importante instrumento para a realização de uma economia apoiada na democracia. Ela se insere no Princípio do Estado de Direito que, numa acepção ampla, envolve a existência de uma Constituição escrita, que seja a lei fundamental, conferindo a necessária e desejável segurança e previsibilidade das relações jurídicas¹³⁶. A constituição econômica, assim, deverá buscar a garantia do exercício dos direitos fundamentais, da preservação da igualdade e da liberdade no âmbito do mercado, e impor limites à atuação da atividade econômica do Estado e do particular em prol da justiça social.²⁵

A Constituição Federal de 1988 dispõe em seu título VII sobre a ordem econômica nacional. A carta apresenta um clima de ambiguidade, refletindo os debates que ocorreram na Assembleia Nacional imprimindo um texto único sobre a ordem econômica. Vejamos que “intervencionismo e liberalismo se alternam na formulação dos princípios e essa relação alternativa, que poderá conduzir ao primado de um ou de outro, exprime o clima de ambiguidade e duplo sentido que percorre as cláusulas da Ordem Econômica e Financeira.”

Esta ambiguidade se reflete no fato de que não se verifica nem uma recusa ao intervencionismo estatal, nem uma definição específica sobre o momento interventivo, ou sobre sua modalidade ou intensidade.

22. MUKAI, Toshio. op. cit., p.13.

23. Ibidem, p.13-17.

24. Ibidem, p. 33.

25. MENEZES, Fernanda Montenegro de. *A democracia econômica no constitucionalismo brasileiro*. 2010. 206 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito Político e Econômico da Faculdade de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2010. p. 53.

“Os princípios e regras constitucionais firmam o espaço de ação estatal na economia, seus limites e conteúdo. Mas é preciso pôr em foco que a intervenção pode ser discricionária ou vinculada; intensa ou discreta; ampla ou retraída.”²⁶

Vemos a vertente intervencionista em alguns trechos constitucionais, como o do artigo 170, caput, que dispõe sobre a valorização do trabalho e a garantia de existência digna, conforme ditames de justiça social, além do conteúdo dos incisos III, V, VI, VII, VIII e IX, do artigo 170 que dissertam sobre função social da propriedade, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades, pleno emprego e tratamento diferenciado para empresas brasileiras de pequeno porte.

Continua o texto constitucional sua ingerência interventiva com o artigo 173, §4º ao dispor sobre o dever estatal de reprimir o abuso de poder econômico, no artigo 173, §5º sobre a responsabilidade e punição relativa a atos contra a Ordem Econômica, financeira e economia popular.²⁷

Ou seja, excluindo-se as hipóteses do artigo 177, CF, que dispõe sobre as hipóteses constituem monopólio da União, no texto constitucional não há definição acerca do momento interventivo nem sobre intensidade ou extensão interventiva.²⁸ Vejamos que em algumas “hipóteses [...] a intervenção não residirá na discricionariedade administrativa, nem tampouco em planejamento ou planos econômicos, mas sim tratar-se-á de ato absolutamente vinculado”²⁹. Sendo assim, em algumas hipóteses a ação interventiva no domínio econômico é a única alternativa ao Estado.³⁰ Vale citar:

A pauta das intervenções estatais se traduz na liberdade de empresa, orientada pela dignidade da pessoa humana e valorização social do trabalho, numa interação sensata com o mercado. Esse conceito assume concreitude em ambas as alternativas de intervenção pró-mercado ou anti-mercado. Tanto existe no momento em que o Estado intervém para reconduzir o mercado ao seu modelo concorrencial perfeito, como na hipótese em que se dá a implementação de políticas públicas (elas próprias antagônicas à concepção ideal de um mercado perfeito).³¹

26. MOREIRA, Egon Bockmann. *O Direito Administrativo Contemporâneo e suas relações com a Economia*. Curitiba: Editora Virtual Gratuita, 2016. p. 149

27. *Ibidem*, p. 148

28. *Ibidem*, p. 148

29. MOREIRA, Egon Bockmann. *op. cit.*, p. 149

30. *Ibidem*, p. 149.

31. *Ibidem*, p. 152.

Insta trazer à baila que em um Estado Democrático de Direito como o brasileiro verificamos que a função administrativa de intervenção ocorre embasada em normas jurídicas e nos limites estipulados por estas. Esta atuação é direcionada pelo conteúdo constitucional, pontuando que a atividade econômica seguirá os ditames da justiça social e irá assegurar a todos existência digna.³²

Se instantaneamente a intervenção objetiva a alteração da conduta econômica dos agentes privados, indiretamente também atua no controle global dos fenômenos econômicos e sua distribuição estrutural (macroeconomia). Ou seja, a intervenção estatal não tem como “objetivos mediatos [...] unicamente à maneira como as empresas individuais se relacionam reciprocamente (microeconomia), mas também a escala global dos fenômenos econômicos e a sua distribuição estrutural (macroeconomia)”.³³

A democracia econômica é uma das formas teóricas de perspectivas que buscam um capitalismo democrático. Suas diferentes concepções buscam a correção do funcionamento espontâneo do mercado por meio de políticas de intervenção do Poder Público a partir da constituição de instituições regulatórias transnacionais e da valorização de aspectos de democracia microeconômica como instrumentos complementares.

2.2 DEMOCRACIA ECONÔMICA: PERSPECTIVAS E APONTAMENTOS

Tal como esclarece Gilberto Bercovici, a globalização atingiu de maneira profunda as economias periféricas, as quais perderam a sua margem de manobra a passaram a enfrentar crescentes ameaças à sua unidade nacional, expondo-se ao risco de transformação da democracia política em mero simulacro eleitoral.³⁴

Na América Latina, por exemplo, a crise econômica interna foi acompanhada de fatores externos de instabilidade econômica, de modo que se elevaram os poderes discricionários do Executivo, principalmente no que se diz respeito aos países dependentes de decisões do Fundo Monetário Internacional e da Organização Mundial do Comércio. Em outras palavras,

32. Idem.

33. Ibidem, p. 153.

34. BERCOVICI, Gilberto. *O Estado de exceção e a periferia do capitalismo*. Boletim de ciências económicas, XLVIII, pp. 1-9, 2005. Disponível em: <https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/24875/1/BoletimXLVIII_Artigo1.pdf>. Acesso em: 20.01.2019. p. 5.

tornaram-se intransponíveis as pressões internas e externas voltadas à execução de políticas neoliberais.³⁵

Vale destacar a periculosidade de uma abertura indiscriminada das economias pelo chamado consenso de Washington, apontando a dificuldade nas estratégias de desenvolvimento. Duas atitudes intermitentes prevalecem, a primeira favorecendo a redução de proteção social em detrimento dos pretextos do *Welfare State*, e uma segunda oferecendo uma crítica mais construtiva aos mecanismos que financiam a proteção social, já que para a preservação dos avanços políticos dos últimos séculos, é imperativo que as políticas nacionais e internacionais sejam revistas e fortalecidas, freando-se os excessos do estatismo, de modo a aperfeiçoar os sistemas democráticos de governo.³⁶

Além disso, a abertura indiscriminada da economia se choca com o conceito de democracia econômica, que pode ser considerada como um sistema cuja meta é a redistribuição da riqueza e da igualdade de condições econômicas e oportunidades.³⁷ É importante pontuar que a democracia é um conceito originalmente atrelado à questão política, e pode ser avaliado como requisito essencial para qualquer outro fim democrático desejado. Ou seja, “se o sistema político adotado no âmbito do Estado não é democrático, não há que se falar na existência de quaisquer outras democracias ou elementos democráticos a serem acoplados no campo econômico.”³⁸ Cumpre esclarecer que, tal como bem afirma Mukai:

O princípio da democracia econômica é constituído por todas aquelas regras constitucionais de feição social, notadamente: liberdade de associação sindical, expansão das oportunidades de emprego produtivo, harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção, etc. [...] É ele o repositório de outros princípios econômico-sociais, responsável pela concreção da finalidade última da Ordem Econômica e Social, que é a Justiça Social.³⁹

No Brasil, conforme Bresser Pereira, a crise de legitimidade e governabilidade tem uma relação estrita com a credibilidade do pacto político e, na transição democrática, foi um pacto entre as diversas classes do capital industrial moderno, de tal sorte que a incompatibilidade entre o governo central e as forças econômicas e ideológicas, bem como a

35. *Ibidem*, p. 5-6.

36. SACHS, Ignacy. *op. cit.*, p. 9-10.

37. SARTORI, Giovanni. *A Teoria da Democracia Revisitada: as questões clássicas*. São Paulo: Ed. Ática, 1994. p. 31 e ss.

38. MENEZES, Fernanda Montenegro de. *op. cit.*, p. 44.

39. MUKAI, Toshio. *op. cit.*, p. 69.

dificuldade do governo de enfrentar a aguda crise econômica produziram uma crise de legitimidade que coloca em risco a democracia.⁴⁰

É possível, para autores como Nuti,⁴¹ relacionar a democracia econômica a algumas dimensões. Uma delas estaria associada à superação dos modelos de industrialismo, com foco na necessidade de abertura para a maioria dos trabalhadores e cidadãos. Nesse âmbito ela deve ser a terceira etapa na evolução desde as democracias política e social, de modo a ampliar e qualificar a cidadania. Outra dimensão seria àquela vinculada às reformas e ao funcionamento das relações industriais, garantindo-se o bom funcionamento das relações empresariais combinando concentração com margens de descentralização.⁴²

Um ponto de toque da problemática está na possível incompatibilidade entre a autoderrogação estatal e o poder econômico das grandes corporações. Para o funcionamento democrático cabe rever concepções pois a este horizonte é necessário para a obstaculizar desastres financeiros e sociais globais.⁴³ Outrossim:

A Democracia não está livre do perigo da destruição – da autodestruição. Isso porque ela encontra-se, paradoxalmente, em contradição com a necessidade desse sentimento de pertencer à comunidade. A Democracia Representativa Moderna é um sistema frio. Está constituída por princípios, regras e instituições. Mas sua existência depende do esforço e do engajamento do cidadão. Assim, o inimigo que ameaça a Democracia é a indiferença e a passividade do cidadão, a impotência dos indivíduos frente ao universo kafkiano do poder transverso do Estado Constitucional Moderno e do poder insensível do mercado e da economia.⁴⁴

Vejamos que a crise da democracia econômica é caracterizada pelo desemprego generalizado, pela marginalização e exclusão social, pela segregação e pelo desequilíbrio ambiental, apresentando consequências visíveis nas economias periféricas. A implementação dos direitos econômicos e sociais depende de modificações nas relações econômicas

40. BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Ideologias econômicas e democracia no Brasil*. Estud. av., São Paulo, v. 3, n. 6, p. 46-63, ago 1989. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso: 11.01.19. p. 46.

41. NUTI, D.M. *Democrazia economica: mercato, politica economica e partecipazione*. Roma: Ceste, 1991.

42. FERRER, G.R.; CRUZ, P.M. *Democracia Econômica, o Estado e a Crise Financeira Mundial*. UNOPAR Cient., Ciênc. Juríd. Empres., Londrina, v. 10, n. 1, p. 55-63, mar. 2009. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/16022675.pdf>>. Acesso em: 16.01.19. p. 56.

43. *Ibidem*, p. 59-62.

44. FERRER, G.R.; CRUZ, P.M. *op. cit.*, 60.

internacionais e no sistema econômico a partir de uma revisão das políticas públicas nacionais e internacionais, somente assim, com a união de todos os protagonistas do progresso se chegará ao desenvolvimento.⁴⁵

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do exposto, infere-se que a evolução da atuação do Estado na economia não é a-histórica ou atemporal e acompanha acontecimentos políticos. É transparente que o enfraquecimento de determinadas políticas, como aquelas de viés intervencionista, acompanha as crises cíclicas do capitalismo e o enfraquecimento e fortalecimento das relações de troca entre as economias centrais e periféricas, assim como o potencial de penetração do capital financeiro estrangeiro nas vias da globalização.

Apesar de admitir-se um movimento natural de renovação teórica em meio a dificuldades e insuficiências de aparatos como o Estado Social frente à realidade social, a generalizada crise global que vem se erigindo nas últimas décadas transpassa os limites financeiros dos Estados, apresentando-se como um possível momento de ruptura que coloca em xeque os padrões civilizatórios ocidentais. Dentre eles, a democracia.

A existência de constituição econômica alinhada ao princípio democrático é essencial para a realização de uma economia que tenha em sua agenda a garantia do exercício dos direitos fundamentais. Afinal, a preservação da igualdade e da liberdade no âmbito do mercado e a regulação da atividade econômica do Estatal são mecanismos condutores da justiça social.

Apesar da igualdade e justiça social embasarem o ideal de democracia econômica, a credibilidade dos resultados obtidos nas economias contemporâneas é colocada em voga, contraposta ao financiamento dos direitos sociais. Por isso, é essencial compreender que as imperfeições que impactam as economias periféricas têm maior relação com as imposições de mercado do que com as garantias de direitos fundamentais a toda sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERCOVICI, Gilberto. Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

_____. O Estado de exceção e a periferia do capitalismo. Boletim de ciências econômicas, XLVIII, pp. 1-9, 2005. Disponível em: <<https://>

45. SACHS, Ignacy. op. cit., p. 20.

digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/24875/1/BoletimXLVIII_Artigo1.pdf>. Acesso em: 20.01.2019.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Ideologias econômicas e democracia no Brasil. *Estud. av.*, São Paulo, v. 3, n. 6, p. 46-63, ago 1989. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso: 11.01.19.

CARDOSO JÚNIOR, José Celso. Da crise do Estado-providência à nova questão social: alcances e impasses no pensamento de Pierre Rosanvallon. *Leituras de Economia Política*, Campinas, (9): p. 41-61, dez. 2001. Disponível em: <<http://www.revistalep.com.br/index.php/lep/article/viewFile/9/4>>. Acesso em: 21.02.19.

CENCI, Ana Righi; BEDIN, Gabriel de Lima; FISCHER, Ricardo Santi. Do liberalismo ao intervencionismo: o estado como protagonistada (des)regulação econômica. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, vol. 3, n. 4, p. 77-97, jan-jun 2011. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista5/liberalismoAnaGabrielRicardo.pdf>>. Acesso em: 16.01.19.

DRAIBE, Sônia; WILNÊS, Henrique. “Welfare State”, crise e gestão da crise: um balanço da literatura internacional. *Revista brasileira de ciências sociais*. São Paulo, v. 3, n.6, p. 53-78, fev. 1998. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_06/rbcs06_04.htm> Acesso em: 27.09.2016.

FERRER, G.R.; CRUZ, P.M. Democracia Econômica, o Estado e a Crise Financeira Mundial. *UNOPAR Cient., Ciênc. Juríd. Empres.*, Londrina, v. 10, n. 1, p. 55-63, mar. 2009. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/16022675.pdf>>. Acesso em: 16.01.19.

MENEZES, Fernanda Montenegro de. A democracia econômica no constitucionalismo brasileiro. 2010. 206 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito Político e Econômico da Faculdade de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann. O Direito Administrativo Contemporâneo e suas relações com a Economia. Curitiba: Editora Virtual Gratuita, 2016.

MUKAI, Toshio. Participação do Estado na atividade econômica: limites jurídicos. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1979.

NUTI, D.M. Democrazia econômica: mercato, política econômica e partecipazione. Roma: Ceste, 1991.

ROSANVALLON, Pierre. A nova questão social: repensando o Estado Providência. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 1998.

SACHS, Ignacy. O problema da democracia econômica e social. Estud. av., São Paulo, v. 8, n. 21, p. 7-20, ago. 1994. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em: 05.01.19. Acesso em: 16.01.19.

SARTORI, Giovanni. A Teoria da Democracia Revisitada: as questões clássicas. São Paulo: Ed. Ática, 1994.

VICENTE, Maximiliano Martin. História e comunicação na ordem internacional. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/b3rzk/pdf/vicente-9788598605968-08.pdf>>. Acesso em:16.01.19.

CAPÍTULO 48

CONCESSÃO DE USO ESPECIAL PARA FINS DE MORADIA (CUEM): O QUE MUDOU EM SEU REGIME JURÍDICO DESDE A CONSTITUIÇÃO DE 1988 ATÉ A LEI N. 13.465 DE 2017?

THIAGO MARRARA

Livre Docente em Direito Administrativo pela USP; Doutor em Direito Público pela Ludwig Maximilians Universitat (LMU) de Munique Alemanha; Mestre e Bacharel em Direito pela USP; Professor da Faculdade de Direito da USP (FDRP).

INTRODUÇÃO

Primeiro de maio de 2018. Ironicamente, no período de celebração dos 70 anos de Declaração Universal de Direitos Humanos e de 30 anos da Constituição da República, berço da concessão de uso especial para fins de moradia, o edifício Wilton Paes de Almeida, localizado no largo do Paissandu em São Paulo, tomado pelo fogo, desabou em aproximadamente 90 minutos sobre os corpos, ainda vivos, de inúmeros ocupantes sem-teto.

Desenhado por Roger Zmekhol, os 24 andares do arranha-céu modernista, longe do glamour inaugural, eram a prova viva de uma triste realidade: a dificuldade de se concretizar o direito fundamental à moradia mesmo após três décadas de Constituição “cidadã” e a incapacidade, para não dizer desinteresse, do governo em utilizar os mecanismos jurídicos que o legislador lhe oferece para regularizar ocupações como as que ocorriam no bem público abandonado pela União.

A trágica e mortal ruína do Wilton Paes de Almeida retratam a falência e a incompetência da Administração Pública brasileira diante de muitos problemas sociais prementes. E a falta de soluções efetivas a eles têm ensejado clamores desesperados por uma transformação do Estado, dos modos de se fazer política e gestão pública. Porém, nesses e em tantos outros casos, a grande questão parece estar menos na estrutura de Estado e no ordenamento jurídico que o sustenta, e mais na gestão de má qualidade.

Desde algumas décadas, o fato de um bem ocupado ter natureza jurídica de bem estatal público não serve mais como argumento que justifique a inoperância estatal. Para regularizar ocupações de bens públicos, o ordenamento vigente oferece aos governantes variadas ferramentas, a exemplo da concessão de uso especial para fins de moradia (CUEM). Apesar disso, em estudo elaborado pela Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça e Cidadania (2016, p. 71-75), revelou-se que, de setembro de 2001 até final de dezembro de 2013, os Tribunais de Justiça julgaram somente 87 casos em que se discutiu a concessão em questão, muitos deles concentrados nas regiões sudeste (51%) e sul do país (32%).

Além dessa assimetria territorial, que espelha os discrepantes déficits de moradias por regiões, a partir da análise dos julgados, o Ministério da Justiça (2016, p. 71-75) demonstrou que: (i) a atuação do Ministério Público e da Defensoria, como órgãos de promoção de interesses coletivos e difusos e de defesa da população carente, ainda é extremamente tímida nesse campo; e (ii) o direito à concessão é negado na maioria absoluta dos casos, sobretudo com fundamento na desqualificação da posse, na oposição à posse, na discricionariedade da Administração Pública (existente em certas hipóteses de concessão), na dimensão do imóvel ocupado e na falta de prévio requerimento em processo administrativo.

Esses dados servem para demonstrar que, apesar dos dispositivos legais existentes, a ação estatal ainda é insuficiente para solucionar os problemas de ocupação de bens públicos para fins de moradia. Porém, escapa ao objetivo desse artigo buscar entender as razões para a baixa efetividade do instituto jurídico. Seu escopo é outro e consiste em verificar, exclusivamente no plano legislativo, como a concessão para moradia evoluiu desde a Constituição de 1988 até a edição da polêmica Lei n. 13.465 de 2017.

Para se atingir esse objetivo, adota-se uma análise cronológica dos principais diplomas federais que cuidaram do tema. Parte-se da Constituição da República, na qual se assenta o instituto e se encontram as normas proibitivas da prescrição aquisitiva sobre bens estatais. Em

seguida, resgatam-se os dispositivos regentes da concessão de uso especial no Estatuto da Cidade, o veto que os atingiu e o conteúdo da Medida Provisória subsequente. Caminha-se então para a Lei n. 11.481 de 2007, que deu novo fôlego à CUEM por alterações promovidas no Código Civil e na legislação dos bens públicos federais e dos registros públicos. Ao final, verificar-se-á o que se modificou em 2017 com a edição da Lei n. 13.465. Com as informações e dados levantados nesse percurso, pretende-se conclusivamente responder como, no plano exclusivamente normativo, o regime jurídico da concessão evoluiu ao longo dos últimos trinta anos.

1 1988: BASES CONSTITUCIONAIS

A concessão de uso especial para fins de moradia configura uma das muitas espécies de outorga de uso de bens estatais e, diferentemente de muitas, encontra expresso fundamento constitucional. Afirma-se isso, pois a construção da disciplina jurídica geral das outorgas de uso se operou menos por apoio do legislador e mais por esforço da doutrina – sobretudo pela obra de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que sistematizou em tese de referência os institutos da concessão, da permissão e da autorização de uso de bens públicos¹. A Constituição de 1988, em verdade, não trouxe grandes contribuições para a teoria geral dos bens, senão normas esparsas, em grande parte repetidas das Constituições anteriores e que se preocupam muito mais com a divisão patrimonial pela estrutura federativa tripartite (art. 20 e 26) e com a relação dos bens com os serviços públicos e atividades econômicas a cargo dos entes estatais.

Poucos são os instrumentos de outorga de uso de bens previstos na Constituição. Um deles é exatamente a concessão de uso especial para fins de moradia (CUEM). Em contraste com muitos institutos que surgiram apenas com a edição da legislação infraconstitucional e de modo esparso, a concessão em exame aparece de modo expresso no texto da Carta Maior. Para encontrá-la, é preciso examinar o art. 183.

Em seu caput, o dispositivo assim prescreve: “aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-se para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural” (g.n.). Em nenhum momento, fala-se no texto de concessão de uso ou de propriedade estatal, mas sim de usucapião

1. Cf. a tese de doutorado, cuja primeira edição foi publicada em 1983, foi recentemente revisada e republicada. Cf. DI PIETRO, 2014, em geral.

como forma de aquisição de domínio. Em outras palavras: o caput trata apenas da usucapião especial para fins de moradia.

Contudo, foi no § 1º do art. 183 da redação originária da Constituição que a concessão¹ ganhou respaldo – muitos antes, aliás, de a Emenda Constitucional n. 26/2000 inserir o direito fundamental à moradia no rol de direitos sociais do art. 6º². O referido parágrafo dispõe que “o título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher...” (g.n.). Observe-se bem: o caput tratou apenas do domínio, fazendo referência à usucapião. Porém, o parágrafo ampliou a proteção dos moradores ocupantes ao prever tanto a aquisição de domínio do bem quanto a concessão de uso!

Resta saber a razão para que o art. 183, § 1º tenha se referido adicionalmente à concessão de uso. Não bastaria a menção à aquisição de domínio pela usucapião especial já prevista no caput? A resposta a essa dúvida se encontra no próprio artigo 183, cujo § 3º prescreve que: “os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião”. Esse dispositivo cria uma vedação constitucional à prescrição aquisitiva de imóveis públicos urbanos. Em paralelo – e até de modo curioso –, o art. 191, parágrafo único previu texto em tudo idêntico, mas desejando se referir, por óbvio, aos imóveis públicos rurais. Juntos, o art. 183, § 3º e o art. 191, parágrafo único, transformaram a imprescritibilidade em uma característica geral dos imóveis públicos.

Como sustentado por Marrara e Ferraz (2014, p. 169), esse mandamento constitucional, aplicável aos bens rurais e urbanos do Estado, deve ser lido sob duas advertências. A primeira é a de que ele diz respeito somente aos imóveis. Exatamente por isso, o legislador necessitou estender a regra da imprescritibilidade a todos os bens públicos, incluindo os móveis. Isso se nota no art. 102 do Código Civil, de acordo com o qual: “os bens públicos não estão sujeitos a usucapião”. Enquanto a Constituição restringe

2. A previsão da concessão consta, portanto, da redação originária da Constituição, enquanto o direito fundamental à moradia se consagrou dez anos depois. Apesar disso, Odoné Serrano Júnior bem explica que o direito à moradia já tinha status constitucional no Brasil em razão de sua previsão explícita em convenções internacionais (como os Pactos Internacionais de Direitos Cívicos e Políticos e de Direitos Sociais, Culturais e Econômicos de 1966) e por força do art. 5º, § 2º da Constituição, segundo o qual “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Mais tarde, em 2004, a EC n. 45 incluiu o § 3º nesse artigo e, com isso, reconheceu-se que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais” (SERRANO JÚNIOR, 2010).

a imprescritibilidade aos imóveis, o Código estende a todos os bens, móveis, semoventes ou imóveis, afetados ou não afetados.

A segunda advertência diz respeito à abrangência patrimonial da norma. Tanto a Constituição, quanto o Código Civil falam de bens “públicos”, ou seja, apenas de uma parcela de um conjunto muito maior: os bens estatais. Entendidos como bens pertencentes a pessoas jurídicas de direito público interno (art. 98 do Código Civil), os bens públicos são automaticamente imprescritíveis, pois se pressupõe sua imprescindibilidade à continuidade de serviços essenciais à coletividade e ao exercício de direitos fundamentais, como a locomoção e a manifestação. No entanto, os bens estatais privados, ou seja, os bens das pessoas jurídicas estatais de direito privado (como sociedades de economia mista, empresas controladas, empresas públicas, associações estatais e fundações privadas), não se confundem com bens públicos e não gozam de imprescritibilidade, salvo nas excepcionalíssimas situações em que desempenharem o papel de “bens públicos de fato”, de parcela do “domínio público impróprio”³.

O conhecimento mínimo dessas normas básicas e classificações gerais do direito administrativo dos bens é condição para que se entenda, como dito, a previsão constitucional da concessão de uso para fins de moradia no art. 183, § 1º. Como os imóveis públicos são imprescritíveis por norma constitucional (não se sujeitando a usucapião), a única medida que permite compatibilizar a permanência dos moradores com o domínio público do bem é a outorga de uso. E mais: para que se dê um mínimo de previsibilidade aos ocupantes, não seria adequado o emprego de outorgas precárias como a autorização ou a permissão de uso, daí porque o legislador bem apontou a figura da concessão de uso.

De todo modo, como adverte Di Pietro (2014, p. 204), é evidente que o tratamento da concessão está mal colocado na Constituição. Afinal, o § 1º do art. 183 deveria se vincular ao conteúdo do caput, que cuida de usucapião como instituto exclusivo de aquisição de bens privados por decurso do tempo. Mais correto teria sido explicitar, em artigo próprio, a norma da imprescritibilidade dos bens estatais públicos, seguindo-se a norma que garante a concessão de uso especial para viabilizar o direito à moradia por sua relação com a dignidade humana.

Apesar da falha de legística, o fundamento constitucional explícito da CUEM é inegável e dele se originou o dever de o Congresso Nacional expedir diretrizes sobre o tema. Reitere-se a expressão “diretrizes”, aqui

3. Sobre os conceitos de bem público de fato e de domínio público impróprio no direito administrativo dos bens, cf. MARRARA; FERRAZ, 2014, p. 153.

tomada como sinônimo de normas gerais de direito urbanístico. A CUEM é mecanismo de gestão patrimonial vinculado a políticas de desenvolvimento urbano. Por sua ligação com a “gestão patrimonial”, ele se insere no âmbito de autonomia administrativa dos três níveis políticos da federação (art. 1º e 18 da Constituição), que tem competência para detalhar sua aplicação. Já por sua relação com o desenvolvimento urbano, ele está enquadrado na competência legislativa concorrente do art. 24, inciso I, combinada com o art. 182, caput da Constituição.

Do cruzamento desses mandamentos competenciais resulta que o Congresso não deve fazer mais que expedir normas gerais, básicas, que estruturam o instituto em todo o território nacional, sem impedir que Estados e Municípios possam exercer sua competência suplementar nesse campo. Em outras palavras: os entes subnacionais podem cuidar da matéria em legislação própria, de modo a detalhar o regime jurídico da concessão de uso especial, contanto que respeitem as disposições gerais. Nesse sentido, os poderes legislativos estaduais e locais podem expedir normas, por exemplo, sobre: 1) procedimentos administrativos para a outorga da concessão de uso sobre seus respectivos imóveis urbanos; 2) a definição de imóveis de interesse ambiental, destinados a infraestruturas ou envolvidos em outras situações que gerem ao Poder Público a faculdade de assegurar o direito à moradia em outra localidade e 3) a escolha de imóveis públicos alternativos para casos em que a concessão sobre o imóvel ocupada for facultativa ou vedada nos termos da MP n. 2.220.

Resta verificar se o Poder Legislativo realmente se manteve fiel aos limites legislativos estabelecidos pela Constituição e manteve esses espaços competenciais aos outros entes federativos.

2 2001: A PREVISÃO FRUSTRADA NO ESTATUTO DA CIDADE

Valendo-se de sua competência legislativa concorrente em matéria urbanística, o Congresso inseriu no Estatuto da Cidade um bloco de dispositivos para reger a CUEM. Em sua redação originária submetida à sanção do Presidente da República, os art. 15 a 20 do Estatuto visavam concretizar o texto constitucional ao prever a concessão de uso especial sobre imóveis públicos para fins de moradia na modalidade individual e, como novidade, na modalidade coletiva, exclusiva para população de baixa renda. Tais dispositivos pretendiam garantir a concessão aos possuidores de áreas ou edificações urbanas situadas em imóvel público exclusivamente urbano nos seguintes termos:

Da concessão de uso especial para fins de moradia

Art. 15. Aquele que possuir como sua área ou edificação urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados situada em imóvel público, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação à referida área ou edificação, desde que não seja proprietário ou concessionário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º A concessão de uso especial para fins de moradia será conferida de forma gratuita ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º O direito de que trata este artigo não será reconhecido ao mesmo concessionário mais de uma vez.

§ 3º Para os efeitos deste artigo, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, a posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão.

Art. 16. Nas áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados situadas em imóvel público, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, a concessão de uso especial para fins de moradia será conferida de forma coletiva, desde que os possuidores não sejam concessionários de outro imóvel urbano ou rural.

Parágrafo único. Aplicam-se no caso de que trata o caput, no que couber, as disposições dos §§ 1º a 5º do art. 10 desta Lei.

Art. 17. No caso de ocupação em área de risco, o Poder Público garantirá ao possuidor o exercício do direito de que tratam os arts. 15 e 16 desta Lei em outro local.

Art. 18. O título de concessão de uso especial para fins de moradia será obtido pela via administrativa perante o órgão competente da Administração Pública ou, em caso de recusa ou omissão deste, pela via judicial.

§ 1º *Em caso de ação judicial, a concessão de uso especial para fins de moradia será declarada pelo juiz, mediante sentença.*

§ 2º *O título conferido por via administrativa ou a sentença judicial servirão para efeito de registro no cartório de registro de imóveis.*

§ 3º *Aplicam-se à concessão de uso especial para fins de moradia, no que couber, as disposições estabelecidas nos arts. 11, 12 e 13 desta Lei.*

Art. 19. O direito à concessão de uso especial para fins de moradia é transferível por ato inter vivos ou causa mortis.

Art. 20. O direito à concessão de uso especial para fins de moradia extingue-se, retornando o imóvel ao domínio público, no caso de: I – o

concessionário dar ao imóvel destinação diversa da moradia para si ou sua família; II – os concessionários remembrarem seus imóveis.

Parágrafo único. A extinção de que trata este artigo será averbada no cartório de registro de imóveis, por meio de declaração consubstanciada do Poder Público concedente.”

Em simples resumo, os referidos dispositivos previam: (i) a concessão de uso especial gratuita individual, independentemente de baixa renda do possuidor (art. 15); (ii) a concessão de uso especial gratuita coletiva para população de baixa renda (art. 16); (iii) o direito à modificação da área de concessão, caso a área ocupada estivesse sujeita a risco de desastre (art. 17); (iv) a possibilidade de outorga da concessão pela via administrativa ou judicial (art. 18); (v) o direito de transferência do uso do concessionário a outrem por ato inter vivos ou causa mortis (art. 19); e (vi) as hipóteses de extinção da concessão (art. 20).

O Presidente da República, porém, vetou todos os artigos mencionados. Nos seis curtos parágrafos em que se apresentam à sociedade as razões do veto, reconheceu a importância da concessão para propiciar segurança da posse como um fundamento do direito à moradia, sobretudo em benefício de moradores de favelas e de loteamentos irregulares. No entanto, considerou haver muitas incorreções na redação das normas constantes do projeto aprovado pelo Congresso Nacional.

Entre outros aspectos, as normas contrariariam o princípio do interesse público por “não ressalvarem do direito à concessão de uso especial os imóveis públicos afetados ao uso comum do povo, como praças e ruas, assim como áreas urbanas de interesse da defesa nacional, da preservação ambiental ou destinadas a obras públicas”. Os dispositivos tampouco estabeleciam “uma data-limite para a aquisição do direito à concessão de uso especial, o que torna[va] permanente um instrumento só justificável pela necessidade imperiosa de solucionar o imenso passivo de ocupações irregulares gerado em décadas de urbanização desordenada”. Diante desses e doutros argumentos, o veto foi dito inevitável, mas o Executivo federal se comprometeu a encaminhar “sem demora ao Congresso Nacional um texto normativo que preench[esse] essa lacuna, buscando sanar as imprecisões apontadas”.

3 2001: A EDIÇÃO DA MP N. 2.220 E A CONSAGRAÇÃO DO INSTITUTO

A promessa se cumpriu – ao menos em parte! Em 04 de setembro de 2001, ainda no ano em que se editara o Estatuto da Cidade, a Presidência

da República aprovou a Medida Provisória n. 2.220. Nela, introduziu a concessão de uso especial de imóvel público situada em área urbana para fins de moradia em nove artigos que permaneceram intactos até a edição da MP n. 759 de 2016, convertida então na Lei n. 13.465, de 2017.

Nos termos da MP, a CUEM, como instrumento de outorga de uso privativo de imóvel público urbano a particulares, ingressa num regime especial e que se caracteriza, entre outras coisas, pela gratuidade, pela reduzida discricionariedade do Poder Público, na qualidade de outorgante, pela perpetuidade e pela contratação direta.

Esse regime especial fica evidente quando se recorda que as concessões de uso privativo empregadas no direito público costumam ser onerosas, ou seja, o concessionário paga um valor pelo uso privativo do bem público calculado, por exemplo, com base no seu potencial de exploração, em seu tamanho, localização e na duração do contrato, vedando-se concessões sem termo final. Além disso, a concessão de uso tradicional configura um contrato, cuja celebração depende da iniciativa do ente público proprietário e do usuário. Sem essa conjunção de vontades, não há concessão. Cabe ao Estado, como proprietário, decidir se celebrar ou não o contrato, por quanto tempo e por qual valor. E sempre que desejar conceder um bem, deverá a princípio realizar um procedimento licitatório para garantir igual possibilidade de competição aos interessados no seu uso privativo.

Basta comparar essas características com o regime da CUEM delineado pela MP n. 2.220 para se perceber a razão de seu regime especial. A concessão de uso para fins de moradia é especial por sua gratuidade (ou vedação de cobrança pelo uso), perpetuidade (não havendo possibilidade de se estipular termo final), vinculação (já a legislação confere um direito ao ocupante), unilateralidade (pois, em geral, não haverá contrato) e contratação direta, sem licitação.

Ponto polêmico do regime especial da CUEM é certamente o da sua natureza jurídica. Boa parte da doutrina viu na concessão um ato administrativo vinculado, e não um contrato administrativo como tradicionalmente se pratica. Para Carvalho Filho (2013, p. 484), o fundamento para se entender a CUEM como ato administrativo vinculado é simples: “não há ensejo para que se configure formação contratual de vontades...”. A defender o mesmo posicionamento, Di Pietro (2014, p. 211) argumenta que o caráter vinculado fica evidente no item 37 do art. 167, I da Lei n. 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos), incluído pelo art. 15 da MP n. 2.220. Nesse item, refere-se a lei a “termos administrativos ou das sentenças declaratórias da concessão de uso especial para fins de moradia”.

O “termo” seria a evidência maior de que o legislador não desejou criar um contrato, com obrigações recíprocas, mas sim um ato unilateral, com obrigações apenas para o concessionário.

Apesar de reconhecer a natureza de ato administrativo, a doutrina é crítica em relação à competência do Congresso para vincular os Estados e Municípios à sua celebração. Nesse sentido, Di Pietro (2014, p. 205-206) reconhece que a União tem a competência geral, mas, em primeiro lugar, recorda que o Município tem competências próprias como a de promover, no que couber o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano (inciso VIII). Em segundo lugar, a MP envolve bens públicos, tema para o qual cada ente tem competência própria. Em terceiro, a União deveria somente estipular normas gerais, não lhe cabendo, pois, “impor aos Estados e Municípios a outorga de título de concessão de uso”. Em quarto, nota que “a aplicação da medida é praticamente impossível sem a destinação de recursos públicos a essa finalidade”.

Para se compreender melhor essas implicações da CUEM, é preciso expor com mais detalhes seu regime jurídico. Nos termos da MP n. 2.220, para que surja o direito subjetivo dos possuidores do imóvel público à concessão, inúmeros requisitos legais de natureza temporal, subjetiva, material e formal necessitam ser observados:

- Os requisitos temporais são de duas ordens. De um lado, há que se comprovar a posse por um período mínimo de cinco anos. Para tanto, não vale a posse interrompida, embora se permita a sucessão na posse pelo herdeiro legítimo que já residia no imóvel por ocasião da abertura da sucessão. De outro lado, é necessário que o prazo quinquenal tenha se exaurido até uma data limite – que, na redação revogada da MP, recaia no dia 30 de junho de 2011. Em outras palavras, o prazo não configura um limite para o início da posse, mas sim para a configuração de seu período quinquenal. Com a Lei n. 13.465, esse prazo foi bastante estendido, como se demonstrará. Apesar disso, continua a dúvida se cabe ou não ao Congresso estipular um prazo de uso de um mecanismo de política urbanística. A meu ver, a norma geral se restringe indevidamente o instituto ao prever qualquer limite temporal e, por invadir a competência de gestão patrimonial dos entes federativos, é claramente inconstitucional.

- O requisito subjetivo é relativamente simples. O possuidor não poderá ser proprietário, nem concessionário de qualquer outro imóvel rural ou urbano. Essa norma encontra suas bases na própria Constituição (art. 183, caput, parte final) e se aplica igualmente às transferências de concessão

por ato inter vivos ou causa mortis. Na concessão coletiva, um requisito subjetivo se impõe adicionalmente: o da comprovação da baixa renda dos ocupantes, que dependerá da definição, pelos entes federativos, de parâmetros específicos criados a partir de sua realidade socioeconômica.⁴

• Os requisitos materiais consistem: (i) na utilização do imóvel público para moradia própria ou da família - segundo Carvalho Filho (2013 p. 482), o legislador teria exigido a presença do elemento subjetivo, a convicção do possuidor de que seria ele o dominus (*animus possedendi*); (ii) no limite de tamanho máximo para a concessão individual e mínimo e máximo, para a coletiva; (iii) na ausência de oposição à posse pelo Poder Público e (iv) na indivisibilidade do imóvel, apenas para a modalidade de concessão coletiva.

• Os requisitos formais abrangem: (i) a solicitação escrita, pelo possuidor, da concessão de uso especial na via administrativa e, apenas subsidiariamente, perante o Judiciário; (ii) a comprovação dos requisitos anteriores e (iii) se o imóvel for de propriedade da União ou de Estado da federação, a demonstração, “por certidão”, de que o Município atesta sua natureza urbana e sua destinação para moradia pelo ocupante ou sua família. A certidão, mencionada pela MP, necessita ser compreendida de modo relativo, sem prejuízo ao uso de outros meios equivalentes de prova (nesse sentido, também CARVALHO FILHO, 2013, p. 498).

Em linha com o que previam as normas vetadas do Estatuto da Cidade, fica evidente que a MP n. 2.220 diferencia duas modalidades de concessão de uso especial de acordo com um critério de número de possuidores e de tamanho do terreno. Na CUEM individual, o direito atinge imóveis públicos de até 250 metros quadrados e não se exige que o possuidor comprove pertencer à população de baixa renda. Já a CUEM coletiva abarca imóveis superiores a 250 metros, sem limitação de tamanho, mas requer a comprovação de impossibilidade de definição da área ocupada por cada possuidor e de condição de baixa renda dos potenciais beneficiários – que, como dito, dependerá dos parâmetros federais, estaduais e municipais para sua compreensão. Na coletiva, por consequência, aparecem os requisitos da indivisibilidade da posse e da vulnerabilidade do possuidor.

Nas duas modalidades, uma vez cumpridos os requisitos, surge o direito subjetivo à concessão. No entanto, o art. 5º da MP relativizou

4. Segundo Carvalho Filho (2013, p. 489), “a expressão população de baixa renda, no entanto, é polissêmica, porquanto estampa inegavelmente um conceito jurídico indeterminado (...). Sua aplicabilidade às situações fáticas esbarra indiscutivelmente na falta de exatidão do sentido...”. Na falta de parâmetros, o autor sugere que se considere a situação fática, de modo que a incluir no conceito as populações que vivam em “aglomerações – favelas, cortiços, comunidades – constituídas nas periferias dos centros urbanos, sem obediência aos standards exigidos pela legislação urbanística”.

a vinculação do Poder Público à concessão da área ocupada em certas situações especiais para viabilizar a tutela de interesses públicos primários, do princípio da continuidade de serviços públicos e de direitos fundamentais (como o de locomoção, de manifestação, da própria moradia e ao ambiente equilibrado). O legislador dispensou o Estado do dever de conceder o uso do imóvel público ocupado, abrindo-lhe a faculdade de substituí-lo por outro bem, sempre que a ocupação atingir imóvel estatal: a) de uso comum do povo; b) destinado a projeto de urbanização; c) de interesse da defesa nacional, da preservação ambiental e da proteção dos ecossistemas naturais; d) reservado à construção de represas e obras congêneres ou e) situado em vias de comunicação.

Conquanto elas não afastem o direito subjetivo à concessão de uso para moradia, as cinco hipóteses conferem discricionariedade de conteúdo para o proprietário estatal do imóvel ocupado, permitindo-lhe conceder bem distinto. Diga-se bem: o art. 5º não afeta o direito subjetivo à concessão. Ele apenas quebra a vinculação da concessão ao bem ocupado. Diferentemente, a situação excepcional tratada pelo art. 4º gera efeito mais intensivo. Nele se determina que o Estado tem o dever de conceder outro imóvel no caso de a ocupação acarretar risco à vida e à saúde dos ocupantes. A existência de risco comprovado na área gera, assim, duas consequências: (i) a vedação de concessão de uso do imóvel ocupado e (ii) o dever de concessão de uso de outro imóvel que não esteja na situação do art. 4º e, preferencialmente, não se enquadre nas hipóteses do art. 5º.

Sob a perspectiva processual, a MP esclareceu que o título de concessão deve ser obtido pela via administrativa perante o órgão competente da Administração Pública (de acordo com a titularidade do bem urbano) ou, em caso de recusa ou omissão estatal no prazo de 12 meses, pela via judicial. Em parte, a norma diz o óbvio. Afinal, as outorgas de uso de bens públicos sempre ocorrem pelos procedimentos administrativos internos e, quando a Administração Pública viola algum direito subjetivo, jamais se poderá afastar seu controle pelo Judiciário.

Por ser tão óbvio o mandamento da MP, parte da doutrina buscou encontrar nele outro sentido que justificasse sua existência. Di Pietro (2002, p. 168), por exemplo, sustenta que se desejou criar a obrigatoriedade de tramitação prévia do pedido na esfera administrativa, restando o caminho judicial como subsidiário. Essa interpretação se mostra bastante razoável, quer porque o legislador explicitamente registrou que o Judiciário será acionado unicamente diante da recusa ou da omissão do proprietário estatal em conceder o bem ocupado ou outro em seu lugar (art. 6º, caput), quer

porque, em situações especiais, a concessão não poderá ocorrer sobre o bem ocupado, exigindo que o Poder Público busque alternativas para viabilizá-la.

Se a solicitação administrativa formulada pelos ocupantes interessados ou quem lhes substitua deixar de ser respondida em 12 meses pela Administração Pública (omissão) ou for recusada apesar do cumprimento de todos os requisitos, os possuidores deverão requerer ao juiz que declare a concessão de uso especial mediante sentença (art. 6º, § 3º). O verbo “declarar”, nesse dispositivo, merece crítica. Ainda que se preveja um direito subjetivo à concessão, a declaração do juiz não terá efeito prático, quando se vedar a concessão na área em razão de riscos aos ocupantes (art. 4º da MP) ou se facultar ao poder público escolher outra área em hipóteses excepcionais, como a de ocupação de bens de uso comum do povo (art. 5º da MP). Nem sempre bastará, portanto, declarar o direito subjetivo à concessão de uso. Em alguns casos, será imprescindível que a sentença condene o proprietário estatal a agir.

Obtida a concessão, na via administrativa ou judicial, caberá então ao ente público proprietário realizar os procedimentos de registro. No caso da CUEM individual, o limite espacial será, de 250 metros quadrados por ocupante, como deixa explícito o art. 1º da MP. Na coletiva, porém, a situação é um pouco distinta. Como a área deve ser indivisível, cada um receberá uma fração ideal idêntica, a despeito da dimensão do terreno que ocupe. E somente por acordo escrito entre os ocupantes é que se aceitarão frações diferenciadas (art. 2º, § 2º da MP).

Para além desses aspectos, a MP trata da transferência (art. 7º) e da extinção da concessão (art. 8º). Uma vez obtido, o direito de concessão será transferível por ato inter vivos ou causa mortis. Note-se, porém, que é vedado a qualquer indivíduo adquirir o direito de uso concedido a outrem caso já tenha se beneficiado de uma concessão ou tenha imóvel em sua propriedade. Deflagram essa vedação a ocupação ou propriedade tanto de imóvel urbano, quanto rural. A MP não cuida, porém, de preços, permitindo-se concluir que a transferência poderá ser gratuita ou onerosa.

O tratamento que a MP conferiu ao tema da extinção também se mostra bastante sucinto. Menciona-se somente a extinção da CUEM caso se comprove que o beneficiado tenha gerido o imóvel com destinação diversa da moradia para si ou para sua família ou que tenha adquirido propriedade ou concessão de uso de outro imóvel urbano ou rural. Trata-se da conhecida figura da cassação, isto é, de um ato administrativo unilateral e punitivo que redundará na extinção da concessão. Além dela, é de se cogitar da anulação da CUEM caso se comprove ilegalidade danosa e insanável

no seu conteúdo ou na sua formação. Porém, a revogação como modo de extinção é incabível, pois não se compatibiliza com atos administrativos vinculados como a CUEM.

4 2007: AS MODIFICAÇÕES DA LEI N. 11.481 E O REGIME DA CUEM FEDERAL

Em 2007, o Congresso Nacional editou a Lei n. 11.481, que ocasionou inúmeras modificações no regime da CUEM. No entanto, essa lei não alterou qualquer dispositivo da MP n. 2.220/2001. Ela modificou inúmeros outros diplomas e trouxe disposições próprias que, apesar de externas ao corpo da MP, valorizaram a concessão para moradia de modo indiscutível. Em rápida síntese, a Lei: (i) ampliou a CUEM para imóvel público remanescente de desapropriação, cuja propriedade tenha sido transferida a empresa pública ou sociedade de economia mista (art. 25), para áreas de propriedade da União, inclusive aos terrenos de marinha e acrescidos (art. 22-A, acrescentado à Lei n. 9.636/1998); (ii) criou um regime de concessão próprio para os imóveis federais, inclusive com a definição do que se entende por população de baixa renda; (iii) promoveu inúmeras alterações em matéria de direitos reais. Vejamos como isso ocorreu.

No Código Civil, o art. 10 da Lei n. 11.481 modificou a redação do art. 1.225 e do art. 1.473. O primeiro passou a incluir no rol de direitos reais a concessão de uso para fins de moradia (inciso XI) e o segundo a incluiu na lista de bens que se sujeitam à hipoteca como modalidade de garantia real (inciso VIII). Em harmonia com essas novas disposições do Código, o próprio art. 3º da Lei n. 11.481 passou a prever que a CUEM poderá ser objeto de garantia real, assegurada sua aceitação pelos agentes financeiros do Sistema Financeiro de Habitação. Já o art. 11 da referida lei, permitiu a alienação fiduciária do direito de uso.

Referidas modificações no Código Civil foram fundamentais por dois motivos. Elas garantem mais estabilidade à situação dos moradores concessionários e permite que eles obtenham recursos no intuito de melhorar suas condições de habitação. Como uma espécie de direito real, o uso obtido via concessão torna-se oponível contra todos (*erga omnes*), inclusive ao ente público concedente do imóvel urbano. A partir de então, não há dúvidas de que o concessionário está autorizado a empregar todos os instrumentos de tutela possessória, inclusive no âmbito do judiciário.

De outra parte, a Lei n. 11.481 alterou significativamente a Lei federal n. 9.636 de 1998 e nela incluiu a concessão de uso especial para fins de moradia

como mais um dos instrumentos de gestão de imóveis públicos da União (art. 22-A). Conforme as normas contidas nesse diploma de aplicabilidade exclusivamente federal, a concessão de uso pode abranger terrenos de marinha e acrescidos.⁵ Tradicionalmente, nesses terrenos se empregava a enfiteuse. Embora essa figura ainda continue excepcionalmente aceitável por força do art. 49, § 3º da ADCT⁶ e pelo art. 2.038, § 2º do Código Civil⁷, a CUEM em terrenos de marinha e acrescidos poderá substituí-la quando cumpridos os requisitos legais.⁸

A esse despeito, o art. 22-A reduz a amplitude da CUEM quando exclui imóveis funcionais de seu âmbito. A norma é oportuna e compreensível, pois se destina a evitar que servidores públicos que recebam tais imóveis para uso – geralmente os de mais alto escalão – valham-se da concessão, distorcendo seu escopo social. Explica Carvalho Filho (2013, p. 480) que os funcionais “não se prestam à moradia permanente dos servidores, mas apenas à residência temporária, enquanto estão no desempenho de suas funções em determinado local”, daí porque são chamados assim. Assim, entende-se que andou bem o legislador ao prever a exclusão no âmbito federal. Igual medida deve ser tomada por Estados e Municípios em situações semelhantes.

Outra inovação importante que ocorreu com a modificação da Lei n. 9.636 em 2007 foi a definição dos bens de interesse nacional como os imóveis sob administração do Ministério da defesa ou dos Comandos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica. Essa definição, antes inexistentes na lei, é essencial. Afinal, de acordo com o art. 5º, III da MP n. 2.220/2001, qualquer ocupação desse tipo de imóvel gerará para a Administração Pública federal a faculdade de assegurar a concessão de uso em outro local – desde que os outros requisitos da MP tiverem sido cumpridos.

5. As definições de terrenos de marinha e seus acrescidos constam do art. 2º e art. 3º do DI n. 9.790/1946. A respeito, MARRARA; FERRAZ, 2014, p. 122.

6. Vale a transcrição: Art. 49. A lei disporá sobre o instituto da enfiteuse em imóveis urbanos, sendo facultada aos foreiros, no caso de sua extinção, a remição dos aforamentos mediante aquisição do domínio direto, na conformidade do que dispuserem os respectivos contratos. (...) § 3º A enfiteuse continuará sendo aplicada aos terrenos de marinha e seus acrescidos, situados na faixa de segurança, a partir da orla marítima (g.n.).

7. Art. 2.038. Fica proibida a constituição de enfiteuses e subenfiteuses, subordinando-se as existentes, até sua extinção, às disposições do Código Civil anterior, Lei no 3.071, de 1o de janeiro de 1916, e leis posteriores. § 1o Nos aforamentos a que se refere este artigo é defeso: I - cobrar *laudêmio* ou prestação análoga nas transmissões de bem aforado, sobre o valor das construções ou plantações; II - constituir subenfiteuse. § 2o A enfiteuse dos terrenos de marinha e acrescidos regula-se por lei especial (g.n.).

8. Em mais detalhes sobre o histórico da enfiteuse no direito brasileiro, cf. DI PIETRO, 2014, p. 175-179.

Enfim, destaque o papel da legislação de 2007 para a efetividade da CUEM na sua modalidade coletiva. Por força dos mandamentos da MP n. 2.220, essa concessão depende da comprovação não apenas da indivisibilidade da área ocupada, como também da vulnerabilidade da população moradora. No entanto, a MP jamais definiu o conceito de população de baixa renda.

Após as alterações promovidas pela Lei n. 11.481, a lei dos bens públicos federais passou a tratar o tema de modo mais claro. De acordo com o art. 6-A, “No caso de cadastramento de ocupações para fins de moradia cujo ocupante seja considerado carente ou de baixa renda, na forma do § 2º do art. 1º do Decreto-Lei no 1.876, de 15 de julho de 1981, a União poderá proceder à regularização fundiária da área, utilizando, entre outros, os instrumentos previstos no art. 18, no inciso VI do art. 19 e nos arts. 22-A e 31 desta Lei” (g.n.).

A definição válida, portanto, é a do referido Decreto-Lei, cujo art. 1º, § 2º define como de baixa renda: (i) o indivíduo devidamente registrado no Cadastro único para Programas Sociais do Governo Federal (CadÚnico) ou (ii) aquele que, cumulativamente, tenha renda familiar mensal igual ou inferior ao valor correspondente a cinco salários mínimos e que não detenha posse ou propriedade de bens ou direitos em montante superior ao limite estabelecido pela Receita Federal para obrigatoriedade da declaração de imposto de renda.

5 2017: AS MODIFICAÇÕES DA LEI N. 13.465

A polêmica Lei n. 13.465, resultante da conversão da Medida Provisória n. 759/2016, surgiu com o objetivo de rever a política de regularização fundiária rural e urbana no Brasil. Sob esse escopo, além de alterar boa parte da legislação urbanística, ela sistematizou os institutos jurídicos empregados para fins de reurbanização, tornando mais claras as soluções para os problemas constantes de ocupação para fins de moradia.

Em consonância com o art. 15 da Lei n. 13.465, os institutos de reurbanização abrangem: I - a legitimação fundiária e a legitimação de posse; II - a usucapião; III - a desapropriação em favor dos possuidores; IV - a arrecadação de bem vago; V - o consórcio imobiliário; VI - a desapropriação por interesse social; VII - o direito de preempção; VIII - a transferência do direito de construir; IX - a requisição, em caso de perigo público iminente; X - a intervenção do poder público em parcelamento clandestino ou irregular; XI - a alienação de imóvel pela administração pública diretamente para seu detentor; XII - a *concessão de uso especial para fins*

de moradia; XIII - a concessão de direito real de uso; XIV - a doação; e XV - a compra e venda (g.n.).

Mas o que afinal mudou? De que modo o regime da CUEM foi atingido? Quais foram os dispositivos da MP n. 2.220 afetados? Em que medida essas modificações restringem ou ampliam o emprego da concessão? De pronto, é possível afirmar que muito pouco aconteceu. A lei de 2017 ficou bem atrás da Lei n. 11.481/2007 em termos de avanços.

Na verdade, em 2017, o legislador acabou por alterar somente três artigos da Medida Provisória n. 2.220: o art. 1º, *caput*, que trata do direito individual à concessão de uso especial para fins de moradia; o art. 2º, *caput*, referente à concessão na modalidade coletiva e o art. 9º, que, porém, não se refere à concessão para fins de moradia, senão à autorização de uso de bem público para fins comerciais.

O art. 1º da MP n. 2.220 foi alterado basicamente em dois aspectos, a saber:

- *Prazo de aquisição do direito* – antes de 2017, a CUEM havia ficado restrita aos ocupantes que tivessem comprovado a posse quinquenal sobre o imóvel público urbano até 30 de junho de 2001. Agora, o prazo foi bastante alargado e passou para dia 22 de dezembro de 2016. Com isso, foram beneficiados ocupantes que não tinham logrado atingir os cinco anos de posse até 2001, bem como aqueles que iniciaram as ocupações após a MP n. 2.220 e conseguiram os requisitos até o final de 2016. Note-se, porém, que o legislador insiste em fixar uma data aparentemente nacional e que, a meu ver, é completamente inconstitucional diante da competência do Congresso para apenas prever normas gerais de direito urbanístico, não para decidir como os Estados e Municípios farão sua gestão patrimonial.

- *Característica do imóvel*: antes de 2017, a legislação se referia à ocupação de imóvel público *situado em área urbana*. A partir de então, fala-se da ocupação para moradia de *área com características e finalidade urbanas*. Com isso, o legislador aparentemente buscou deixar de lado a questão mais rígida do perímetro urbano, de modo a permitir a CUEM em áreas que não estejam dentro dele, mas demonstram características urbanas, sobretudo em termos de serviços e de infraestruturas. Para se chegar à conclusão se

há ou não característica e finalidade urbana, podem ser empregados, por exemplo, os critérios do art. 32, § 1º e 2º do Código Tributário Nacional.¹⁰

Já o artigo 2º da MP n. 2.220/2001, que cuida da CUEM coletiva, sofreu três mudanças: as duas já apontadas em relação ao art. 1º (prazo limite até 22 de dezembro de 2016 e imóvel ocupado com características e finalidade urbanas), e outra referente às características da ocupação. Como se observou anteriormente, na redação originária da MP, a concessão na modalidade coletiva dependia da comprovação de requisitos adicionais não previstos para a concessão individual, a saber: a indivisibilidade da posse, bem como a vulnerabilidade dos possuidores. A indivisibilidade, na redação originária do art. 2º, *caput*, constava da seguinte oração: “onde não for possível identificar os terrenos ocupados por possuidor”.

Na nova redação do art. 2º, o requisito da vulnerabilidade dos ocupantes foi mantido. Todavia, a oração transcrita a respeito da indivisibilidade foi suprimida e substituída pela seguinte: “cuja área total dividida pelo número de possuidores seja inferior a duzentos e cinquenta metros quadrados por possuidor”. Dessa modificação ao menos duas conclusões podem ser extraídas.

Em primeiro lugar, o legislador parece ter desejado mitigar a importância da indivisibilidade, já que não mais fala da impossibilidade de identificação dos terrenos ocupados por possuidor. Assim, esse requisito não se mostra mais essencial para a concessão na modalidade coletiva. Ainda que a área seja divisível e as ocupações por família ou indivíduo estejam bem separadas e identificadas, poderá ser empregada a concessão coletiva, além da individual. A opção coletiva, apesar da eventual divisibilidade da área ocupada pelo grupo de baixa renda, pode ser recomendável, por exemplo, para garantir a gestão do espaço urbano nas mãos de um ente representativo do grupo, tornando mais forte os interesses coletivos que os

9. Vale a transcrição: Art. 32. O imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município. § 1º Para os efeitos deste imposto, entende-se como zona urbana a definida em lei municipal; observado o requisito mínimo da existência de melhoramentos indicados em pelo menos 2 (dois) dos incisos seguintes, construídos ou mantidos pelo Poder Público: I - meio-fio ou calçamento, com canalização de águas pluviais; II - abastecimento de água; III - sistema de esgotos sanitários; IV - rede de iluminação pública, com ou sem posteamento para distribuição domiciliar; V - escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de 3 (três) quilômetros do imóvel considerado. § 2º A lei municipal pode considerar urbanas as áreas urbanizáveis, ou de expansão urbana, constantes de loteamentos aprovados pelos órgãos competentes, destinados à habitação, à indústria ou ao comércio, mesmo que localizados fora das zonas definidas nos termos do parágrafo anterior.

10. Em detalhes sobre a configuração do urbano a partir do CTN, cf. MARRARA, 2007, p. 162-165.

individuais no processo de reurbanização. Se houver divisibilidade, portanto, tanto a modalidade coletiva quanto a individual poderão ser utilizadas pelo proprietário concedente.

De outro lado, porém, o novo texto aparentemente criou um requisito não previsto na redação de 2001: a necessidade de que a porção, divisível ou não, de cada ocupante não supere 250 metros quadrados. Essa regra serve para igualar o direito de concessão dos ocupantes coletivos com o direito do ocupante na concessão individual. Trata-se de uma padronização das modalidades que objetiva evitar tratamento discriminatório. No entanto, a regra pode causar inúmeros inconvenientes práticos, seja por inviabilizar a regularização de inúmeras áreas por pequenas superações da metragem per capita, seja por problemas no cálculo.

Apesar para ilustrar: a área total do imóvel dividida pelo número de possuidores incluirá estritamente a área ocupada ou a área do imóvel como um todo? Tome-se o exemplo de um edifício de 10 andares com 200 m² cada, mas em que os dois primeiros andares sofram a ocupação por quatro pessoas e todos os outros andarem permaneçam desocupados. Caso se considere para o cálculo a área dos andares efetivamente ocupados (400 m²), haverá direito subjetivo à concessão coletiva. Caso se utilize a área total do imóvel (2000 m²) – interpretação que se afigura, a meu ver, incorreta –, não surgirá o direito. Esse simples problema ilustra, portanto, que o legislador, de uma parte, buscou ampliar a possibilidade de aquisição do direito à concessão de uso especial, mas, de outro, criou algumas dificuldades adicionais para seu emprego na prática. Ainda que a limitação a 250 metros quadrados se imponha pela regra da isonomia, ela não deve ser empregada para burocratizar e inviabilizar a regularização pela via da CUEM.

CONCLUSÃO

Sob a motivação de incontáveis notícias e tragédias envolvendo a ocupação de imóveis públicos urbanos, buscou-se apresentar, nesse artigo, a evolução normativa da CUEM como ato administrativo unilateral, vinculado, gratuito, perpétuo e independente de licitação, praticado por pessoas jurídicas de direito público interno para conferir direito real de uso resolúvel a ocupantes individuais ou coletivos de imóveis públicos urbanos. Embora, como se tenha demonstrado de início, a efetividade desse relevante instrumento da política de regularização fundiária ainda se mostre tímida, no plano legislativo, a estruturação de seu regime jurídico tem avançado constantemente.

Nascida com a Constituição da República de 1988, a CUEM foi inicialmente detalhada nos dispositivos vetados do Estatuto da Cidade. Em seguida, ressuscitou com a edição da Medida Provisória n. 2.220/2001, mas ali foi limitada por critérios de natureza temporal em relação à posse do imóvel. Mais tarde, seu regime foi bastante reforçado com as várias modificações promovidas pela Lei n. 11.481, principalmente no Código Civil e na legislação dos bens públicos federais. Finalmente, em 2017, a Lei n. 13.465 progrediu mais alguns passos ao flexibilizar o requisito do imóvel “urbano” e também o da “indivisibilidade” da ocupação coletiva.

A despeito dos irrefragáveis avanços, inclusive em 2017, muitos aspectos ainda pedem aprimoramento e soluções legislativas futuras. Como se viabilizará, por exemplo, a substituição do imóvel ocupado em caso de vedação da concessão por risco? Quem custeará essa substituição principalmente na triste realidade municipal brasileira? A quem os ocupantes deverão recorrer em casos assim? Para além dessas indagações, é preciso conduzir alguns debates sobre a destinação do instituto e seus limites de uso na federação. Deveria ser mantida a concessão na modalidade individual para indivíduos que não se encontrem em situação de baixa renda? Não seria inconstitucional o Congresso insistir na limitação temporal da concessão, considerando-se que sua competência legislativa se restringe à edição de normas gerais de direito urbanístico? Como se vê, mesmo que se deixe de lado o exame de sua efetividade para a concretização do direito à moradia e se concentre o foco de análise ao plano das normas, de estruturação do regime jurídico, é indubitável que a história da CUEM, apesar dos inegáveis avanços, ainda tem um longo caminho a percorrer.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Comentários ao Estatuto da Cidade, 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (org.). Estatuto da Cidade, comentários à Lei federal 10.257/2001. São Paulo: Malheiros, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Concessão de uso especial para fins de moradia. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (org.). Estatuto da Cidade, comentários à Lei federal 10.257/2001. São Paulo: Malheiros, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Uso privativo de bem público por particular, 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERRAZ, Luciano; MARRARA, Thiago. Tratado de direito administrativo: direito administrativo dos bens e restrições estatais à propriedade, v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

g, Cristiana; LAFETÁ, Adriana Silveira. A concessão de uso especial para fins de moradia. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, n. 4, 2002, disponível em: http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/2002/04/-sumario?next=4

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E CIDADANIA. Não tinha teto. Não tinha nada: por que os instrumentos de regularização fundiária (ainda) não efetivaram o direito à moradia no Brasil? Brasília: Ministério da Justiça, SAL, IPEA, 2016. Versão digital disponível na página eletrônica: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/07/PoD_60_Aricia_web-3.pdf

KOZICKI, Katya; BESSA, Fabiane L.B.N.; MOREIRA, Tomás A.; ALMEIDA, Gabriel G. (org.). Espaços e suas ocupações: debates sobre a moradia e a propriedade no Brasil contemporâneo. Campinas: Russel, 2010.

MARRARA, Thiago. Bens públicos, domínio urbano, infra-estruturas. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SERRANO JÚNIOR, Odoné. O direito à moradia, escassez de recursos e controle judicial das escolhas orçamentárias. In: KOZICKI, Katya; BESSA, Fabiane L.B.N.; MOREIRA, Tomás A.; ALMEIDA, Gabriel G. (org.). Espaços e suas ocupações: debates sobre a moradia e a propriedade no Brasil contemporâneo. Campinas: Russel, 2010.

CAPÍTULO 49

ROMPIMENTO DA BARRAGEM DE FUNDÃO E DE CÓRREGO DO FEIJÃO: LACUNAS NA PRECAUÇÃO E NA INFORMAÇÃO COMO FATO GERADOR DE DESLOCAMENTO AMBIENTAL E OUTROS DANOS HUMANITÁRIOS¹

VANUSA MURTA AGRELLI

Advogada e Consultora com ampla experiência em Gestão e Direito Ambiental. Especialista em Gestão Ambiental (UFRJ). Mestre em Direito Ambiental e Sustentabilidade (Universidade de Alicante, Espanha). Mestre em Ciências Jurídicas (Univali). Diretora estatutária e membro do Conselho Superior do IAB. Presidente da Comissão de Direito Ambiental do IAB. Professora Universitária. Palestrante convidada na Universidade de Alicante. Palestrante do Encontro Mundial de Jurista da Rio +20, com diversos artigos publicados, no Brasil e no exterior, em livros e revistas especializados em meio ambiente.

-
1. Parte das análises e conclusões dispostas no presente artigo foram utilizadas na construção de outros estudos científicos, com variáveis na delimitação temática, destinados à publicação. Os estudos foram inaugurados à época da pesquisa desenvolvida para a elaboração da Moção de Repúdio relativa ao rompimento da Barragem da Samarco (Mariana, MG), que redigi e apresentei ao Plenário do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB), que a aprovou, por unanimidade (2015) e também pesquisas realizadas para a palestra que proferi na III Jornadas Hispano-brasileñas: Agua, Sostenibilidad e Empresa, na Universidade de Alicante (2016). Dentre outros estudos que forneceram elementos para publicação, destaca-se a Moção de Repúdio relativa ao drama socioambiental formado pela Vale SA (Brumadinho, MG) que redigi e apresentei ao Plenário do IAB, que a aprovou, por unanimidade (2019), publicado pela Revista Digital do IAB, Disponível em <<https://digital.iabnacional.org.br/wp-content/uploads/2019/02/Artigo-Dra.-Vanusa-Murta-Agrelli.pdf>> Acesso em: 20 fev. 2019.

INTRODUÇÃO

A análise crítica disposta no presente estudo visa imprimir visibilidade para a relação entre o modelo de gestão de riscos e danos humanitários, em especial o deslocamento e a lesão à identidade das pessoas afetadas², no contexto dos desastres ambientais relacionados às barragens. Samarco Mineradora SA (Vale e BHP Billiton) e Vale S.A. disponibilizaram os exemplares que ensejaram os exames. Exemplares de desastres de grande repercussão, que transtornam a vida dos moradores de Mariana, Brumadinho e inúmeras áreas de entorno.

Com vistas a edificar a lógica das conclusões, examinou-se alguns dos instrumentos próprios para a identificação dos impactos e a definição de medidas acautelatórias seguras para que a variável ambiental da intervenção respeite a capacidade de suporte do ambiente e a ocupação do solo de toda a área de influência, considerando-se o perímetro sujeito a rejeitos, na hipótese do rompimento da barragem.

Nesse trilha, delimitou-se a função da precaução e da informação, desvendando as contribuições de tais mecanismos para o trato das questões ambientais, tanto no estabelecimento de medidas acauteladoras que devem ser implantadas como condição para a concessão da licença de operação, como nas demais medidas de segurança, necessárias para a permanência da atividade.

Demais disso, investigou-se normas determinantes da educação ambiental e do acesso à informação aptos para dotar o cidadão da capacidade de assimilar as avaliações de impactos ambientais, garantindo assim, o direito à participação efetiva no licenciamento com potencial de impacto à vida e ao modo de viver.

Importante registrar o enorme pesar e respeito a todos os envolvidos. Em apertada síntese, o intento dos estudos empreendidos, consiste em contribuir instrumentalmente para o entendimento da seara normativa que permeia o setor, levantando pontos de relevo para a investigação que deve ser levada a efeito por profissionais de saberes diversos, dada a multidisciplinaridade das questões ambientais.

2. “afetado por desastre é qualquer pessoa que tenha sido atingida ou prejudicada por desastre, entre eles, feridos, desalojados, desabrigados, pessoas que perderam sua fonte de renda, entre outros. Certamente, não é possível sanar a dor da perda provocada pelo desastre [...]”. FURTADO, Janaína Rocha; SILVA, Marcela Souza (Org). *Proteção aos Direitos Humanos das Pessoas Afetadas por Desastres*. Florianópolis: CEPED UFSC, 2014. 276 p. p.28. Disponível em <<http://www.ceped.ufsc.br/wp-content/uploads/2014/01/Protecao-aos-Direitos-Humanos.pdf>> Acesso em 20 fev. 2019.

No mais, adéqua-se sublinhar a razão pela qual às ocorrências dos estouros das barragens, nomeia-se drama e não tragédia. Tragédia procede escolhas divinas, enquanto drama perpassa escolhas humanas. Na composição de motivos para o rompimento das barragens, contribuem ações tal-qualmente omissões eleitas pelo homem. Deus não atuou na gestão dos riscos, na formulação de documentos ambientais, na concessão de autorizações, na certificação de segurança do processo e tampouco na fiscalização. Deus não ‘engolfou’ sistemas de alarme³ e vidas.

À vista disso, para titular o depauperamento socioambiental, incompatível o termo tragédia, que soa como uma excludente de responsabilidade. Adicionalmente, ressalte-se que, ao rompimento das barragens de mineração, não é o ordenamento legal que responde. Com excelência, a norma observa a importância do tempo na adoção de providências, exigindo que o poder público determine medidas mitigadoras⁴, como condicionantes para a atividade econômica.

Afetados e a sociedade como um todo, anseiam por respostas pautadas na boa fé, que exponham o modelo de gestão adotado, indicando pontualmente, e numa linguagem plenamente acessível ao homem médio, as fissuras na precaução, princípio consolidado no Brasil, que segundo apontamentos de Gabriel Real Ferrer⁵ “Estabelece uma espécie de presunção a favor do ambiente, de tal modo que quando não exista certeza científica sobre os efeitos negativos que uma atuação possa comportar, proíbe-se sua realização.” E, conforme Elizabeth Basto Gómez⁶, a precaução “Estabelece que é responsabilidade do emissor demonstrar, por seus meios e a sua custa, e fora de toda dúvida razoável, que sua atividade não representa uma ameaça para a saúde humana, a qualidade de vida das pessoas e ao meio ambiente.”

3. A Lei 21.972/2016 (MG) determina expressamente que o Plano de Ação de Emergência incluirá sistema de alerta sonoro ou outra solução tecnológica de maior eficiência.
4. “Ações propostas com a finalidade de reduzir a magnitude ou a importância dos impactos adversos.” SÁNCHEZ, Luis Enrique. *Análisis de impacto ambiental: conceptos e métodos*. 2. ed. São Paulo: Oficina de Textos, 2013. p. 535.
5. “[...] establece una especie de presunción a favor del ambiente, de tal modo que cuando no exista certeza científica sobre los efectos negativos que una actuación pueda comportar se prohíba su realización.” REAL FERRER, Gabriel. La construcción del derecho ambiental. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 18, n. 3, p.347-368, dez. 2013. Disponível em <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5128>> Acesso em 26 jul. 2018. (Tradução livre da autora).
6. “establece que es responsabilidad del emissor demostrar, por sus medios y a su costa, y fuera de toda duda razonable, que su actividad no representa una amenaza para la salud humana, la calidad de vida de las personas y el medio ambiente.” BASTO GÓMEZ, Elizabeth. *Régimen jurídico del aroma y de la contaminación por olores*. Espanha: JM Bosch, 2016. p. 517. (Tradução livre da autora)

Manifestamente, os desastres estão na categoria drama e, de modo infeliz, somos contemporâneos de dramas, que acrescentou ao legado, uma sequência de mortes coletivas. Vale ilustrar que, outro drama que sucedeu aos concebidos pelas escolhas relacionadas às mineradoras, o que abrange o poder público competente para o controle e fiscalização, verifica-se no incêndio no CT do flamengo. Sobre o tema, no dia 9.2.2018, a Globo News propagou a voz de um menino entrevistado que ressaltou que o incêndio no CT do flamengo ‘não foi uma tragédia, era evitável’. À inocência de um menino, sofrendo pelo amigo que teve a vida e os sonhos consumidos pelo fogo, a compreensão não foi deslustrada. Nesse sentido, lançando luz na diferença entre tragédia e drama, destacamos uma matéria jornalística que registra entendimentos de especialistas:

Falha humana

“Eu costumo dizer que não existe incêndio acidental”, diz Pignatta e Silva. “Um incêndio só ocorre porque houve uma falha, desconhecimento, mau uso da edificação, como uso de velas em locais com material inflamável. Há também problemas estruturais ou de manutenção. Resumindo, um incêndio não começa e não se espalha se não houver uma falha.” A opinião é compartilhada pelos outros especialistas. “Não é azar, não é caso fortuito, não é acidente. É sempre um erro humano, uma falha de alguém que fez uma coisa errada”, afirma Tomina, da ABNT. Rosaria Ono, professora da Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da USP, aponta que as edificações brasileiras não são pensadas para evitar que o fogo comece.⁷

Os profissionais entrevistados esclarecem que o incêndio no CT do flamengo, que levou à óbito 10 meninos, não perfaz a hipótese do que a filosofia intitula tragédia, mas sim de uma ocorrência resultante de falhas. O mesmo aplica-se ao estouro das barragens, evento com estreito contato com as cautelas que norteiam os mecanismos de controle impostos pelo princípio da precaução.

1 OS INSTRUMENTOS DE CONTROLE À LUZ DA PRECAUÇÃO

Pelos instrumentos da precaução são realizados estudos com vistas a desvendar os efeitos da atividade e estabelecer, com base científica, ações de contenção que garantam a segurança ambiental e humana. Em apertada síntese, sem o intuito de analisar o universo que guarnece os diversos

7. Incêndio no CT do Flamengo: ‘não existe fogo acidental, todos são resultado de falhas’, dizem especialistas. *BBC News Brasil em São Paulo*. Disponível em <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47177039>> acesso em: 13 fev. 2019.

instrumentos previstos no sistema normativo para a implementação da precaução, de maneira ilustrativa destacamos alguns dos mecanismos inafastáveis para a identificação e o controle dos riscos, na gestão ambiental da atividade econômica.

De forma a elucidar o alcance do termo risco, disponibilizamos o conceito operacional constante no portal da Prefeitura de São Paulo:

1. Medida de dano potencial ou prejuízo econômico expressa em termos de probabilidade estatística de ocorrência e de intensidade ou grandeza das conseqüências previsíveis; 2. Probabilidade de ocorrência de um acidente ou evento adverso, relacionado com a intensidade dos danos ou perdas, resultantes dos mesmos; 3. Probabilidade de danos potenciais dentro de um período especificado de tempo e/ou de ciclos operacionais; 4. Fatores estabelecidos, mediante estudos sistematizados, que envolvem uma probabilidade significativa de ocorrência de um acidente ou desastre; 5. Relação existente entre a probabilidade de que uma ameaça de evento adverso ou acidente determinado se concretize e o grau de vulnerabilidade do sistema receptor a seus efeitos.⁸

O estudo dos riscos precede a implantação da atividade, através do Licenciamento Ambiental⁹ e, a depender do potencial de impacto, em conformidade com razões de ordem técnica, deve ser aprofundado pelo Estudo de Impacto Ambiental e respectivo Relatório de Impacto ao Meio Ambiente (EIA-RIMA)¹⁰. Sucessivamente, diversos mecanismos, dentre eles a Análise de Risco Ambiental¹¹, a Auditoria Ambiental e o Relatório

8. Terminologia de Desastres. *Portal da Prefeitura de São Paulo. Segurança Urbana*. Disponível em <<https://www.prefeitura.sp.gov.br>> Acesso em 20 fev. 2019.

9. “Procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso.” BRASIL. Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA). Resolução nº237, de 19 de dezembro de 1997. *Portal do Ministério do Meio Ambiente*, Brasília, 1997. Disponível em <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>> Acesso em: 29 jul. 2018.

10. “Documento integrante do processo de avaliação de impacto ambiental, cuja estrutura e conteúdo devem atender aos requisitos legais estabelecidos pelo sistema de avaliação do impacto ambiental em que esse estudo deve ser realizado e apresentado. Estudo ou relatório que examina as conseqüências ambientais futuras de uma ação proposta.” SÁNCHEZ, Luis Enrique. *Avaliação de impacto ambiental: conceitos e métodos*. 2. ed. São Paulo: Oficina de Textos, 2013. p. 533.

11. “Com a publicação da Resolução nº 1, de 23.01.1986, do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), que instituiu a necessidade de realização do Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e do respectivo Relatório de Impacto Ambiental (RIMA) para o licenciamento de atividades modificadoras do meio ambiente, os estudos de análise de risco passaram a ser incorporados nesse processo, para determinados tipos de empreendimentos, de forma que,

de Segurança da Barragem trabalham na formulação da certeza científica quanto à segurança.

Pelo mecanismo do EIA-RIMA promove-se a catalogação dos recursos ambientais e estrutura-se o mapeamento dos impactos nos ecossistemas, nos recursos ambientais, na ocupação do solo, na qualidade de vida e nos aspectos sociais e econômicos que moldam a forma de vida do homem, estabelecendo medidas compensatórias¹², bem como as medidas mitigadoras (ou acautelatórias), que, conforme formulação de Luis Henrique Sánchez, consiste em “Ações propostas com a finalidade de reduzir a magnitude ou a importância dos impactos adversos”¹³, de modo que o desenvolvimento econômico se dê nas raias da sustentabilidade, sem o sacrifício ambiental e da dignidade humana.

A abrangência e o escopo do Estudo de Impacto Ambiental, determinados por um Termo de Referência¹⁴ preparado pelo órgão competente para o licenciamento, na sistemática do modelo dirigido, deve impor estudos em conformidade com o projeto e a área proposta, mediante investigações que demonstrem a magnitude¹⁵ e a importância¹⁶

além dos aspectos relacionados com a poluição crônica, também a prevenção de acidentes maiores fosse contemplada no processo de licenciamento.” SÃO PAULO (Estado). Secretaria do Meio Ambiente (SMA). Portal da CETESB. Disponível em: <<https://cetesb.sp.gov.br/analise-risco-tecnologico/>>. Acesso em: 18 fev. 2019.

12. Medidas Compensatórias: “Ações que visam a compensar a perda de um bem ou função que será perdido em decorrência do projeto em análise.” SÁNCHEZ, Luis Enrique. Avaliação de impacto ambiental: conceitos e métodos. 2. ed. São Paulo: Oficina de Textos, 2013. p. 535.
13. SÁNCHEZ, Luis Enrique. *Avaliação de impacto ambiental: conceitos e métodos*. 2. ed. São Paulo: Oficina de Textos, 2013. p. 535.
14. Termos de Referência: “Diretrizes para a reparação de um EIA. Um documento que (i) orienta a elaboração de um EIA; (ii) define seu conteúdo, abrangência, métodos; e (iii) estabelece sua estrutura.” BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA). Diretoria de Licenciamento Ambiental (DILIC). Coordenação Geral de Petróleo e Gás (CGPEG). Nota técnica n° 10, de 12 de dezembro de 2012. Identificação e avaliação de impactos ambientais. Xa.yimg, 2012. Disponível em: <<http://xa.yimg.com/kq/groups/18922045/1712909474/name/NTAIA.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2017.
15. Magnitude do Impacto: “A magnitude ou intensidade do impacto considera em uma medida do grau, extensão ou escala da alteração ambiental. É um valor, em princípio, de carácter eminentemente objetivo e deve preceder em função das características ambientais da área e das características e magnitude, por sua vez, da ação do projeto.” “La magnitude o intensidad del impacto se considera una medida del grado, extensión o escala de la alteración ambiental. Es un valor, en principio, de carácter eminentemente objetivo y debe precedirse en función de las características ambientales del área y de las características y magnitud, a su vez, de la acción de proyecto.” ARCE RUIZ, Rosa M. La evaluación de impacto ambiental en la encrucijada. Madrid: Ecoiuris, 2002. p. 157. (Tradução livre da autora).
16. Importância do Impacto: “A importância se define como a transcendência ou significação da alteração, o peso relativo de cada impacto com relação ao resto. Sua valoração pode estar influenciada por aspectos de carácter mais subjetivo que os da magnitude.” “La importancia se define como la transcendencia o significación de la alteración, el peso relativo de cada impacto con relación al resto. Su

dos impactos benéficos e adversos, imediatos e a médio e longo prazos, temporários e permanentes, abordando o grau de reversibilidade, a distribuição dos ônus e benefícios sociais e as propriedades cumulativas (soma de impactos)¹⁷ e sinérgicas (interação de impactos)¹⁸, englobando a definição dos limites da área geográfica a ser direta ou indiretamente afetada pela atividade, considerando a ocupação do solo na área de influência¹⁹ do projeto. Para efeito de análise da viabilidade do empreendimento, o inciso III do art.5o da Resolução CONAMA 1/1986 prevê que o EIA defina “os limites da área geográfica a ser direta ou indiretamente afetada pelos impactos, denominada área de influência do projeto, considerando, em todos os casos, a bacia hidrográfica na qual se localiza”²⁰.

Merece registro, o disposto no parágrafo único do art.26 da Lei 21.972/2016 (MG)²¹ que, ao reger o Sistema Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídricos, determina o Termo de Referência para todos os

valoración puede estar influida por aspectos de carácter más subjetivo que los de la magnitud.” ARCE RUIZ, Rosa M. La evaluación de impacto ambiental en la encrucijada. Madrid: Ecoiuris, 2002. p. 157. (Tradução livre da autora).

17. Propriedades Cumulativas de um Impacto: “Referem-se à capacidade de um determinado impacto de sobrepor-se, no tempo e/ou no espaço, a outro impacto (não necessariamente associado ao mesmo empreendimento ou atividade) que esteja incidindo ou irá incidir sobre o mesmo fator ambiental. Conforme observado por Sánchez (2006) uma série de impactos irrelevantes pode resultar em relevante degradação ambiental se concentrados espacialmente ou caso se sucedam no tempo.” BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA). Diretoria de Licenciamento Ambiental (DILIC). Coordenação Geral de Petróleo e Gás (CGPEG). Nota técnica n° 10, de 12 de dezembro de 2012. Identificação e avaliação de impactos ambientais. Xa.yimg, 2012. Disponível em: <<http://xa.yimg.com/kq/groups/18922045/1712909474/name/NTAIA.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2017.
18. Propriedades Sinérgicas de um Impacto: “Referem-se à capacidade de um determinado impacto de potencializar outro(s) impacto(s) (não necessariamente associado ao mesmo empreendimento ou atividade) e/ou ser potencializado por outro(s) impacto(s).” BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA). Diretoria de Licenciamento Ambiental (DILIC). Coordenação Geral de Petróleo e Gás (CGPEG). Nota técnica n° 10, de 12 de dezembro de 2012. Identificação e avaliação de impactos ambientais. Xa.yimg, 2012. Disponível em: <<http://xa.yimg.com/kq/groups/18922045/1712909474/name/NTAIA.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2017.
19. Área de Influência: “Área geográfica na qual são detectáveis os impactos de um projeto.” SÁNCHEZ, Luis Enrique. *Avaliação de impacto ambiental: conceitos e métodos*. 2. ed. São Paulo: Oficina de Textos, 2013. p. 532.
20. BRASIL. Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA). Resolução n° 1, de 23 de janeiro de 1986. Dispõe sobre critérios básicos e diretrizes gerais para a avaliação de impacto ambiental. *Portal do Ministério do Meio Ambiente*, Brasília, 1986. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/legislacao/CONAMA_RES_CONS_1986_001.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2018.
21. MINAS GERAIS (Estado). Lei 21.972, de 21 de janeiro de 2016. Dispõe sobre o Sistema Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídricos – Sisema – e dá outras providências. *Portal da Assembleia Legislativa de Minas Gerais*, Minas Gerais, 2016. Disponível em: <<https://www.almg.gov.br>> Acesso em: 18 fev. 2019.

estudos técnicos a serem apresentados pelo empreendedor, para subsidiar o exame da viabilidade ambiental e a avaliação da extensão e intensidade dos impactos ambientais do projeto proposto, bem como a proposição de medidas mitigadoras, compensatórias e de monitoramento que serão definidas pelo poder público. Por conseguinte, compete ao órgão ambiental delimitar o escopo dos estudos que instruem o licenciamento ambiental.

Outro instrumento de elevada relevância, consiste no Estudo de Análise de Risco. Trata-se de um importante mecanismo de gerenciamento de riscos, através de seu controle e monitoramento num cenário acidental. O estudo destinado a identificar perigos decorrentes de incêndios, explosões e lançamentos de substâncias. Estudo que realiza o levantamento dos elementos ambientais vulneráveis na região do entorno da atividade, estimando a repercussão do desastre²² no ambiente e no homem; que identifica os pontos suscetíveis de lançamentos das externalidades negativas do processo de produção e as correspondentes medidas para contenção; que faz o mapeamento do perímetro passível de impactos, e define as ações de contingência²³.

Estudos que contemplam os dados gerais sobre a região da atividade, indicando, em especial, as ocupações sensíveis (creches, asilos, orfanatos, hospitais, residências, escolas, presídios, etc.); a descrição das instalações e sistemas; a caracterização das substâncias relacionadas; a identificação dos cenários da severidade das consequências de um desastre; a consideração quanto à tolerabilidade dos riscos (o risco é considerado tolerável se nenhuma ocupação sensível for atingida por um cenário de severidade catastrófica); as medidas de prevenção e mitigadoras²⁴.

22. Desastre: “resultado de eventos adversos, naturais ou provocados pelo homem sobre um ecossistema vulnerável, causando danos humanos, materiais ou ambientais e consequentes prejuízos econômicos e sociais”. BRASIL. Decreto 7.257, de 4 de agosto de 2010. Regulamenta a Medida Provisória no 494 de 2 de julho de 2010, para dispor sobre o Sistema Nacional de Defesa Civil - SINDEC, sobre o reconhecimento de situação de emergência e estado de calamidade pública, sobre as transferências de recursos para ações de socorro, assistência às vítimas, restabelecimento de serviços essenciais e reconstrução nas áreas atingidas por desastre, e dá outras providências. Portal da Legislação, Brasília, 2010. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7257.htm> Acesso em 20 fev. 2019.

23. AGRELLI, Vanusa Murta. A contribuição dos instrumentos obtidos à luz do princípio da precaução para a eficácia do princípio do poluidor pagador na ação civil pública ambiental. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação Civil Pública após 30 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.821-822.

24. IT CEAM/DILAM 08/2013, com base na Res. CONAMA 1/86; Lei (RJ) n. 1356/88; DZ-041.R-13 disponível em <<http://www.inea.rj.gov.br/cs/groups/public/documents/document/zwew/mdiw/~edisp/inea0020380.pdf>> Acesso em 3 abr. 2017.

No Estado de Minas Gerais, a Lei 15.399/2004²⁵ determina ao responsável pela atividade que implique risco de acidente passível de dano ao meio ambiente e à vida humana ou a recurso econômico, o encaminhamento de relatório de avaliação de risco ambiental para o Poder Executivo e Legislativo. Ocorre que a norma não fixa uma periodicidade, limita-se a estabelecer que aludida remessa seja promovida mediante solicitação, sendo nesse sentido, de escassa relevância.

Ademais, a Lei 21.972/2016 (MG)²⁶ prevê que entre as medidas de controle ambiental determinadas para o licenciamento da atividade que possa colocar em grave risco vidas humanas ou o meio ambiente, serão exigidos Plano de Ação de Emergência, Plano de Contingência²⁷ e Plano de Comunicação de Risco, com conteúdo mínimo definido pelo órgão ambiental.

Outro instrumento relevante para o monitoramento da gestão ambiental, consiste na Auditoria Ambiental, que no texto da Lei 10.627/1992 (MG), recebe o seguinte Conceito Operacional:

realização de avaliações e estudos destinados a determinar:
I- os níveis efetivos ou potenciais de poluição ou de degradação ambiental provocados por atividades de pessoas físicas ou jurídicas; II- as condições de operação e de manutenção dos equipamentos e sistemas de controle de poluição; III- as medidas a serem tomadas para restaurar o meio ambiente e proteger a saúde humana; IV- a capacitação dos responsáveis pela operação e manutenção

25. MINAS GERAIS (Estado). Lei 15.399, de 24 de novembro de 2004. Determina aos empreendimentos que menciona o encaminhamento, ao poder público, de relatório de avaliação de risco ambiental.

Portal da Assembleia Legislativa de Minas Gerais, Minas Gerais, 2004. Disponível em: <<https://www.almg.gov.br>> Acesso em 18 fev. 2019.

26. MINAS GERAIS (Estado). Lei 21.972, de 21 de janeiro de 2016. Dispõe sobre o Sistema Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídricos – Sisema – e dá outras providências. *Portal da Assembleia Legislativa de Minas Gerais*, Minas Gerais, 2016. Disponível em: <<https://www.almg.gov>> Acesso em: 18 fev. 2019.

27. Plano de Contingência ou Emergência: “Planejamento realizado para controlar e minimizar os efeitos previsíveis de um desastre específico. O planejamento se inicia com um “Estudo de Situação”, que deve considerar as seguintes variáveis: 1 - avaliação da ameaça de desastre; 2 - avaliação da vulnerabilidade do desastre; 3 - avaliação de risco; 4 - previsão de danos; 5 - avaliação dos meios disponíveis; 6 - estudo da variável tempo; 7 - estabelecimento de uma “hipótese de planejamento”, após conclusão do estudo de situação; 8 - estabelecimento da necessidade de recursos externos, após comparação das necessidades com as possibilidades (recursos disponíveis); 9 - levantamento, comparação e definição da melhor linha de ação para a solução do problema; aperfeiçoamento e, em seguida, a implantação do programa de preparação para o enfrentamento do desastre; 10 - definição das missões das instituições e equipes de atuação e programação de “exercícios simulados”, que servirão para testar o desempenho das equipes e aperfeiçoar o planejamento.” Terminologia de Desastres. Portal da Prefeitura de São Paulo. Segurança Urbana. Disponível em < <https://www.prefeitura.sp.gov.br> > Acesso em 20 fev. 2019.

dos sistemas, instalações e equipamentos de proteção do meio ambiente e da saúde dos trabalhadores.²⁸

Dentre outras determinações, a Lei da Auditoria Ambiental de Minas Gerais reforça a necessidade da Análise de Riscos Ambientais e o correspondente Plano de Emergência, ao tratar a exigibilidade de avaliação de riscos de acidentes e dos planos de contingências para evacuação e proteção dos trabalhadores e da população situada na área de influência, quando necessário (art. 6º, III).

A Deliberação Normativa 62/2002 COPAM (Conselho Estadual de Política Ambiental)²⁹ disciplina temas sobre barragens de contenção de rejeitos³⁰, de resíduos e de reservatório de água em empreendimentos industriais e de mineração no Estado de Minas Gerais. Para uma adequada compreensão do termo barragem, recorreremos à formulação do COPAM, segundo o qual, trata-se de “Qualquer estrutura - barragem, barramento, dique ou similar - que forme uma parede de contenção de rejeitos, de resíduos e de formação do reservatório de água.” Adicionalmente recorreremos ao Conceito Operacional disposto na Portaria 70.389/2017 do DNPM:

Barragens de Mineração: “barragens, barramentos, diques, cavas com barramentos construídos, associados às atividades desenvolvidas com base em direito minerário, construídos em cota superior à da topografia original do terreno, utilizados em caráter temporário ou definitivo para fins de contenção, acumulação, decantação ou descarga de rejeitos de mineração ou de sedimentos provenientes de atividades de mineração com ou sem captação de água associada, compreendendo a estrutura do barramento e suas estruturas associadas, excluindo-se deste conceito as barragens de contenção de resíduos industriais.³¹

-
28. MINAS GERAIS (Estado). Lei 10.627, de 16 de janeiro de 1992. Dispõe sobre a realização de auditorias ambientais e dá outras providências. *Portal da Assembleia Legislativa de Minas Gerais*, Minas Gerais, 1992. Disponível em: <<https://www.almg.gov.br>> Acesso em: 18 fev. 2019.
29. MINAS GERAIS (Estado). Conselho Estadual de Política Ambiental (COPAM). Portal do COPAM. Deliberação Normativa COPAM nº62, de 17 de dezembro de 2002. Dispõe sobre critérios de classificação de barragens de contenção de rejeitos, de resíduos e de reservatório de água em empreendimentos industriais e de mineração no Estado de Minas Gerais. Disponível em: <<http://www.siam.mg.gov.br>> Acesso em: 18 fev. 2019.
30. Rejeito: “É o material descartado, resultante do processo de beneficiamento do minério (lavagem, moagem, britagem, tratamento químico, etc.)”. MINAS GERAIS (Estado). Conselho Estadual de Política Ambiental (COPAM). Portal do COPAM. Deliberação Normativa COPAM nº62, de 17 de dezembro de 2002. Dispõe sobre critérios de classificação de barragens de contenção de rejeitos, de resíduos e de reservatório de água em empreendimentos industriais e de mineração no Estado de Minas Gerais. Disponível em: <<http://www.siam.mg.gov.br>> Acesso em: 18 fev. 2019.
31. BRASIL. Portaria nº 70.389, de 17 de maio de 2017. Portal do DNPM. Cria o Cadastro Nacional de Barragens de Mineração, o Sistema Integrado de Gestão em Segurança de Barragens de Mineração e estabelece a periodicidade de execução ou atualização, a qualificação

Cumpra sublinhar que o art.4º da COPAM 62/2002 (atualizada pela COPAM 87/2005) indica um regramento mínimo para a implantação, operação e desativação de barragens, valendo destacar:

Art.4º - Nas fases de projeto, implantação, operação e fechamento/desativação de barragens será obrigatório, por parte do empreendedor, o atendimento aos seguintes requisitos mínimos a serem incluídos no sistema de gestão das barragens:

- a) Projeto de concepção do sistema, incluindo a caracterização preliminar do conteúdo a ser disposto;
- b) Projeto executivo da barragem, incluindo caracterização físico-química do conteúdo a ser disposto, estudos geológico-geotécnicos da fundação, execução de sondagens e outras investigações de campo, coleta de amostras e execução de ensaios de laboratórios dos materiais de construção, estudos hidrológico-hidráulicos e plano de instrumentação;
- c) Manual de operação do sistema, incluindo procedimentos operacionais e de manutenção, frequência de monitoramento, níveis de alerta e emergência da instrumentação instalada;
- d) Análise de performance do sistema e elaboração de plano de contingência, com informação às comunidades;
- e) Plano de desativação do sistema;
- f) Supervisão da construção da barragem e elaboração de relatórios *as built* (como construído).
- g) Execução periódica de Auditorias Técnicas de Segurança, executada por profissional(is) legalmente habilitado(s);
- h) Solicitação de outorga de direito de uso de água e de autorização de supressão de vegetação, quando couber.

Note-se que o art.4º da Deliberação em tela, prevê a Auditoria Técnica de Segurança, de forma periódica, independente e executada por profissionais legalmente habilitados. Ressalte-se que o Relatório de Auditoria Técnica de Segurança de Barragem deve conter, no mínimo, o laudo técnico sobre a segurança da barragem, as recomendações para melhorar a segurança da barragem, nome completo dos auditores, com as respectivas

dos responsáveis técnicos, o conteúdo mínimo e o nível de detalhamento do Plano de Segurança da Barragem, das Inspeções de Segurança Regular e Especial, da Revisão Periódica de Segurança de Barragem e do Plano de Ação de Emergência para Barragens de Mineração, conforme art. 8º, 9º, 10, 11 e 12 da Lei nº 12.334 de 20 de setembro de 2010, que estabelece a Política Nacional de Segurança de Barragens - PNSB. Disponível em: <<http://www.dnpm.gov.br/aceso-a-informacao/legislacao/portarias-do-diretor-geral-do-dnpm/portarias-do-diretor-geral/portaria-70-389-de-2017>>. Acesso em 18 fev. 2019.

titularidades e ART. Frise-se que além do Relatório da Auditoria, também os projetos de engenharia, de execução de obras e relatórios técnicos das barragens, devem conter ARTs (art.6º, Deliberação 62/2002 COPAM).

O art.5º da COPAM 62/2002 exige que o Licenciamento Ambiental das barragens, contenha estudos conforme diretrizes traçadas no art.4º. Vejamos:

Art.5º - Para o licenciamento ambiental de barragens deverão ser considerados nos estudos ambientais os requisitos estabelecidos no artigo 4º.

§1º- O projeto de concepção do sistema, previsto na alínea a, deverá estar incluído nos estudos ambientais que fundamentam o pedido de Licença Prévia.

§2º- O disposto nas alíneas b, c, e e h deverá estar incluído nos estudos ambientais que fundamentam o pedido de Licença de Instalação.

§3º- O disposto nas alíneas (d), (f) e (g) da DN COPAM N.º 62/2002 e o disposto no Artigo 5.º desta Deliberação deverão estar incluídos nos estudos ambientais que fundamentam o pedido de Licença de Operação.

§4º - As barragens que armazenam rejeitos ou resíduos sólidos classificados como Classe I - Perigosos ou Classe II A - Não Inertes segundo a NBR10.004/2004 deverão obedecer às normas da ABNT pertinentes.

Aditivamente aos instrumentos aludidos, vale marcar o Relatório de Segurança da Barragem, previsto na 12.334/2014³² (Política Nacional de Segurança de Barragem), documento próprio para reunir informações, planos e procedimentos, registros e controles, revisão periódica de segurança e os planos de ações emergenciais³³.

32. BRASIL. Lei nº12.334, de 20 de setembro de 2010. Estabelece a Política Nacional de Segurança de Barragens destinadas à acumulação de água para quaisquer usos, à disposição final ou temporária de rejeitos e à acumulação de resíduos industriais, cria o Sistema Nacional de Informações sobre Segurança de Barragens e altera a redação do art. 35 da Lei no 9.433, de 8 de janeiro de 1997, e do art. 4o da Lei no 9.984, de 17 de julho de 2000. Portal da Legislação, Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12334.htm> Acesso em 15 fev. 2019.

33. Plano de Ação de Emergência para Barragens de Mineração - PAEBM: “documento técnico e de fácil entendimento elaborado pelo empreendedor, no qual estão identificadas as situações de emergência em potencial da barragem, estabelecidas as ações a serem executadas nesses casos e definidos os agentes a serem notificados, com o objetivo de minimizar danos e perdas de vida.”. BRASIL. Portaria nº 70.389, de 17 de maio de 2017. Portal do DNPM. Cria o Cadastro Nacional de Barragens de Mineração, o Sistema Integrado de Gestão em Segurança de Barragens de Mineração e estabelece a periodicidade de execução ou atualização, a qualificação dos responsáveis técnicos, o conteúdo mínimo e o nível de detalhamento do Plano de Segurança da Barragem, das Inspeções de Segurança Regular e Especial, da Revisão Periódica de Segurança de Barragem e do Plano de Ação de Emergência para Barragens de

A apuração das responsabilidades reclama averiguar o cumprimento da Portaria DNPM, verificando-se se a revisão periódica de segurança das barragens foi realizada³⁴ nos moldes do art.13 da Portaria 70.389/2017 DNPM³⁵.

A Lei Estadual 15.056/2004 (MG)³⁶, de autoria da Comissão Especial de Acidentes Ambientais da ALMG (PL 1.133/2003), inspirada pelo desastre da barragem da Indústria Cataguases, estabelece diretrizes para a verificação da segurança de barragem e de depósito de resíduos tóxicos

-
- Mineração, conforme art. 8º, 9º, 10, 11 e 12 da Lei nº 12.334 de 20 de setembro de 2010, que estabelece a Política Nacional de Segurança de Barragens - PNSB. Disponível em: <<http://www.dnpm.gov.br/aceso-a-informacao/legislacao/portarias-do-diretor-geral-do-dnpm/portarias-do-diretor-geral/portaria-70-389-de-2017>>. Acesso em 18 fev. 2019.
34. Revisão Periódica de Segurança de Barragem - RPSB: “estudo cujo objetivo é diagnosticar o estado geral de segurança da barragem, considerando o atual estado da arte para os critérios de projeto, a atualização de dados hidrológicos, as alterações das condições a montante e a jusante do empreendimento, e indicar as ações a serem adotadas pelo empreendedor para a manutenção da segurança.” Portal do DNPM. Cria o Cadastro Nacional de Barragens de Mineração, o Sistema Integrado de Gestão em Segurança de Barragens de Mineração e estabelece a periodicidade de execução ou atualização, a qualificação dos responsáveis técnicos, o conteúdo mínimo e o nível de detalhamento do Plano de Segurança da Barragem, das Inspeções de Segurança Regular e Especial, da Revisão Periódica de Segurança de Barragem e do Plano de Ação de Emergência para Barragens de Mineração, conforme art. 8º, 9º, 10, 11 e 12 da Lei nº 12.334 de 20 de setembro de 2010, que estabelece a Política Nacional de Segurança de Barragens - PNSB. Disponível em: <<http://www.dnpm.gov.br/aceso-a-informacao/legislacao/portarias-do-diretor-geral-do-dnpm/portarias-do-diretor-geral/portaria-70-389-de-2017>>. Acesso em 18 fev. 2019.
35. Art.13. A Revisão Periódica de Segurança de Barragem deverá indicar as ações a serem adotadas pelo empreendedor para a manutenção da segurança, compreendendo, para tanto: I. O exame de toda a documentação da barragem, em particular dos relatórios de inspeção; II. O exame dos procedimentos de manutenção e operação adotados pelo empreendedor; III. A análise comparativa do desempenho da barragem em relação às revisões efetuadas anteriormente; IV. A realização de novas análises de estabilidade; V. A análise da segurança hidráulica em função das condições atuais de enchimento do reservatório; VI. Análise da aderência entre projeto e construção; e VII. Revisar a documentação “as is”, a depender do caso. § 1º Ao ser concluída a RPSB, deve ser emitida uma DCE que será anexada ao PSB e inserida no SIGBM. § 2º Caso as conclusões da RPSB indiquem a não estabilidade da estrutura, esta informação deve ser transmitida ao DNPM imediatamente por meio do sistema SIGBM, o que ocasionará, de imediato, a interdição da estrutura e a suspensão, pelo empreendedor, do lançamento de efluentes e/ou rejeitos no reservatório. § 3º O conteúdo mínimo da RPSB é detalhado no Anexo II. Portal do DNPM. Cria o Cadastro Nacional de Barragens de Mineração, o Sistema Integrado de Gestão em Segurança de Barragens de Mineração e estabelece a periodicidade de execução ou atualização, a qualificação dos responsáveis técnicos, o conteúdo mínimo e o nível de detalhamento do Plano de Segurança da Barragem, das Inspeções de Segurança Regular e Especial, da Revisão Periódica de Segurança de Barragem e do Plano de Ação de Emergência para Barragens de Mineração, conforme art. 8º, 9º, 10, 11 e 12 da Lei nº 12.334 de 20 de setembro de 2010, que estabelece a Política Nacional de Segurança de Barragens - PNSB. Disponível em: <<http://www.dnpm.gov.br>>. Acesso em 18 fev. 2019.
36. MINAS GERAIS (Estado). Lei 15.056, de 31 de março de 2004. Estabelece diretrizes para a verificação da segurança de barragem e de depósito de resíduos tóxicos industriais e dá outras providências. Portal da Assembleia Legislativa de Minas Gerais, Minas Gerais, 2004. Disponível em<<https://www.almg.gov.br>> Acesso em 18 fev. 2019.

industriais, definindo estudos adicionais ao Licenciamento Ambiental (art.2º), com as devidas ARTs (art.3º). Vejamos:

Art.2º - A realização de obra e a implantação de estrutura de barragem e de depósito de resíduos tóxicos industriais ficam condicionadas, sem prejuízo do licenciamento ambiental previsto em lei, à realização de projeto que contenha, no mínimo:

I - estudo hidrológico e meteorológico com período de recorrência mínimo de cem anos e abrangência espacial relacionada com a bacia hidrográfica a montante do ponto de barramento;

II - estudo geológico e geotécnico da área em que será implantada a obra;

III - previsão de vertedor de fuga ou outro sistema de extravasamento capaz de escoar a vazão máxima de cheia sem comprometer a estabilidade da barragem ou de aterro;

IV - verificação da estabilidade da barragem ou de aterro quando submetidos às condições provocadas pelas cheias máximas, conforme os estudos hidrológicos;

V - previsão de impermeabilização do fundo do lago de barragem destinada ao armazenamento de efluentes tóxicos e da base de depósito de resíduos tóxicos industriais.

Diante todo o exposto, que demonstra algumas condicionantes para implantação, operação e desativação de barragens, cabe uma investigação no sentido de averiguar se os estudos previstos no corpo da Deliberação Normativa 62/2002 COPAM e da Lei Estadual 15.056/2004 (MG) foram executados pela Samarco e pela Vale, se contém ARTs e qual a conduta do poder público, no desempenho do poder de polícia.

Especial atenção deve ser aplicada nos exames do Estudo de Análise de Riscos e nos Relatórios de Segurança das barragens, analisando-se o conteúdo dos mesmos e as correspondentes manifestações das empresas e do órgão competente para o licenciamento e fiscalização. Demais disso, os Mapas de Inundação³⁷ reclamam análise minuciosa, verificando-se se foram

37. Mapa de inundação: “produto do estudo de inundação, compreendendo a delimitação geográfica georreferenciada das áreas potencialmente afetadas por uma eventual ruptura da Barragem e seus possíveis cenários associados, que Ministério de Minas e Energia Página 6 de 40 objetiva facilitar a notificação eficiente e a evacuação de áreas afetadas por esta situação.” BRASIL. Portaria nº 70.389, de 17 de maio de 2017. *Portal do DNPM*. Cria o Cadastro Nacional de Barragens de Mineração, o Sistema Integrado de Gestão em Segurança de Barragens de Mineração e estabelece a periodicidade de execução ou atualização, a qualificação dos responsáveis técnicos, o conteúdo mínimo e o nível de detalhamento do Plano de Segurança da Barragem, das Inspeções de Segurança Regular e Especial, da Revisão Periódica de Segurança de Barragem e do Plano de Ação de Emergência para Barragens de Mineração, conforme art. 8º, 9º, 10, 11 e 12 da Lei nº 12.334 de 20 de setembro de 2010, que estabelece a Política

destinados aos órgãos ambientais e aos Municípios e, identificar as ações dos Municípios relativamente aos riscos de desastres.

Notadamente ocorreu um grave déficit na gestão dos riscos, promovendo-se a devastação ambiental, inaugurando um cenário desprovido de água potável e de solo fértil, interditando o uso do solo para a agricultura, escasseando o alimento e o sustento. Com efeito, a certeza científica determinada pelo caderno constitucional e pelo conjunto de normas alinhadas à função socioambiental da propriedade e da atividade econômica esteve distante do licenciamento da atividade, quando devem ser formados os estudos que desvendam os impactos e as medidas de acautelamento e contenção suficientes. Do mesmo modo, manteve-se silente a certeza científica relativa às ações remediadoras, próprias do Estudo de Análise de Risco, para os cenários acidentários.

Importante evidenciar as atuações dos Municípios do entorno, no que diz respeito ao dever de evitar a exposição da população a riscos de desastres, conforme comando exarado do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001)³⁸. Cumpre trazer à colação que a Constituição da República Federativa Brasileira dedica um capítulo para a política urbana, ordenando a matéria nos artigos 182 e 183, valendo destacar o artigo 182³⁹, específico para orientar a política pública relativa ao desenvolvimento urbano, com vistas a ordenar as funções sociais da cidade e garantir o bem estar dos habitantes. A Lei 10.257, de 10 de julho de 2001, titulada ‘Estatuto da Cidade’, ao regulamentar os citados dispositivos constitucionais, formula normas de

Nacional de Segurança de Barragens - PNSB. Disponível em: <<http://www.dnpm.gov.br/acesso-a-informacao/legislacao/portarias-do-diretor-geral-do-dnpm/portarias-do-diretor-geral/portaria-70-389-de-2017>>. Acesso em 18 fev. 2019.

38. BRASIL. Lei nº 10.257/2001, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. *Portal da Legislação*, Brasília, 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 13 fev. 2019.
39. 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. § 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. § 3º - As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro. § 4º - É facultado ao poder público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: I - parcelamento ou edificação compulsórios; II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental (parágrafo único do art. 1º). Nesse passo, estabelece a ordenação do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana⁴⁰ como objetivo da política urbanística e, com vistas à sua concretização, preconiza o planejamento do desenvolvimento das cidades (art. 2º, IV); o abastecimento e o saneamento ambiental (art. 2º, I); o ordenamento e o controle do uso do solo, de forma a evitar a degradação ambiental (art. 2º, VI, g); o tratamento prioritário às obras e edificações de infraestrutura de abastecimento de água e saneamento (art. 2º, XVIII), e a exposição da população a riscos de desastres (art. 2º, VI, h).

No tocante aos desastres de que trata a alínea h, introduzida no inciso VI do art. 2º, do Estatuto da Cidade, pela Lei 12.608/1241 (Política Nacional de Proteção e Defesa Civil - PNPDEC), essencial realizar uma breve análise sobre a medida conceitual, com a finalidade de esclarecer que o mesmo abrange desastres ambientais, de que trata o presente estudo. É de se sublinhar que o parágrafo único do art. 3º da Lei 12.608/12, dispõe que “a PNPDEC deve integrar-se às políticas de ordenamento territorial, desenvolvimento urbano, meio ambiente, mudanças climáticas, gestão de recursos hídricos, geologia, infraestrutura, educação, ciência e tecnologia e às demais políticas setoriais, tendo em vista a promoção do desenvolvimento sustentável”. E o ponto de maior relevo para efeito de entendimento do alcance do termo desastre, se vê no art. 2º, II, do Decreto 7.257, de 4 de agosto de 2014⁴², que ao regulamentar a Lei 12.608/12, apresenta o conceito operacional legal de desastre como o “resultado

40. A política de desenvolvimento urbano, relativa à função social, contemplada no art.2o do Estatuto da Cidade vai além do art.182 da Constituição Federal. Na Constituição, a política tem por objeto as funções sociais da cidade enquanto no Estatuto, inclui-se também as funções sociais da propriedade urbana.

41. BRASIL. Lei nº 12.608, de 10 de abril de 2012. Institui a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil - PNPDEC; dispõe sobre o Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil - SINPDEC e o Conselho Nacional de Proteção e Defesa Civil - CONPDEC; autoriza a criação de sistema de informações e monitoramento de desastres; altera as Leis nos 12.340, de 1o de dezembro de 2010, 10.257, de 10 de julho de 2001, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.239, de 4 de outubro de 1991, e 9.394, de 20 de dezembro de 1996; e dá outras providências. Portal da Legislação, Brasília, 2012. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12608.htm>. Acesso em 15 fev. 2019.

42. BRASIL. Decreto nº 7.257, de 4 de agosto de 2010. Regulamenta a Medida Provisória no 494 de 2 de julho de 2010, para dispor sobre o Sistema Nacional de Defesa Civil - SINDEC, sobre o reconhecimento de situação de emergência e estado de calamidade pública, sobre as transferências de recursos para ações de socorro, assistência às vítimas, restabelecimento de serviços essenciais e reconstrução nas áreas atingidas por desastre, e dá outras providências. Portal da Legislação, Brasília, 2010. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7257.htm>. Acesso em: 15 fev. 2019.

de eventos adversos, naturais ou provocados pelo homem sobre um ecossistema vulnerável, causando danos humanos, materiais ou ambientais e consequentes prejuízos econômicos e sociais.”

Pelo exposto, não é improprio concluir que a alínea *b* do inciso VI do art. 2º, do Estatuto da Cidade⁴³ abrange os riscos relativos a desastres ambientais decorrentes de falha humana, o que significa que o Estatuto da Cidade determina ao Município a ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar a exposição da população a riscos de desastres, o que na forma do conceito normativo, abrange os desastres ambientais dramáticos.

Qual a estratégia adotada pelos Municípios para evitar a exposição da população a riscos de desastres, frente às informações registradas nos Mapas de Inundação? A Lei Federal 12.983/2014⁴⁴, estabelece que o Plano de Contingência do Município deve definir sistemas de alerta a desastres, em articulação com o sistema de monitoramento; organizar exercícios simulados, a serem realizados com a participação da população; organizar sistema de atendimento emergencial à população, incluindo-se a localização das rotas de deslocamento e dos pontos seguros no momento do desastre, bem como dos pontos de abrigo após a ocorrência de desastre; definir as ações de atendimento médico-hospitalar e psicológico aos atingidos por desastre; cadastrar equipes técnicas e de voluntários para atuarem em circunstâncias de desastres; localização dos centros de recebimento e organização da estratégia de distribuição de doações e suprimentos.

Há muito o que investigar, tanto pelo aspecto da ação quanto pelo prisma da omissão. Manifestamente, a inoperância do poder de polícia influiu na formação do drama socioambiental, cabendo uma investigação que desvende as ações e omissões que deram causa às lesões, evidenciando a parcela de contribuição de todos os atores envolvidos, quer seja no âmbito privado, quer seja na esfera pública. No país que desponta como um dos precursores na instituição do princípio da precaução, a despeito dos instrumentos determinantes da identificação de impactos e de medidas

43. Conforme previsto no art.2o da Lei 12.608/12 (Lei que introduziu a alínea h no inciso VI do art.2o do Estatuto da Cidade), é dever da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios adotar as medidas necessárias à redução dos riscos de desastres.

44. BRASIL. Lei 12.983, de 2 de junho de 2014. Altera a Lei nº12.340, de 1o de dezembro de 2010, para dispor sobre as transferências de recursos da União aos órgãos e entidades dos Estados, Distrito Federal e Municípios para a execução de ações de prevenção em áreas de risco e de resposta e recuperação em áreas atingidas por desastres e sobre o Fundo Nacional para Calamidades Públicas, Proteção e Defesa Civil, e as Leis nos 10.257, de 10 de julho de 2001, e 12.409, de 25 de maio de 2011, e revoga dispositivos da Lei nº12.340, de 1o de dezembro de 2010. Portal da Legislação, Brasília, 2014. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12983.htm> Acesso em 20 fev. 2019. -

mitigatórias, exemplares de eventos dramáticos são capitaneados de forma acentuada e persistente.

É de se sublinhar que, em pleno descompasso com o princípio da precaução que pauta a legislação ambiental, o legislador inovou, em desfavor da segurança, ao relacionar como objetivo da Lei 12.334/2014 (Política Nacional de Segurança de Barragem), a redução da possibilidade de acidentes e suas consequências. A precaução impõe a segurança do processo e não tão-somente a redução de riscos (art. 3º, I). Este dispositivo que poderia ser titulado ‘flexibilização’ da legislação ambiental, embora não persista ao sistema legal, causa desordem, carecendo de banimento expresso, removendo-se brechas em prejuízo às questões humanitárias e ambientais.

O PLS 224/2016, arquivado ao final da legislatura, na forma do art.332 do Regimento Interno do Senado, visava alterações, algumas já tratadas no ordenamento legal, como por exemplo a participação popular. O ideal seria a apresentação de uma nova proposta redigida por uma equipe composta por profissionais de diversas áreas, efetivamente capacitados e experimentados nos trabalhos de campo e em pesquisas acadêmicas, posto que a natureza multidisciplinar que exala do Direito Ambiental, requer diversidade de saberes para desenhar preceitos ajustados à precaução.

Em que pese a existência de falhas, a legislação ambiental é de excelência. De uma maneira míope e jejuna de uma apreciação especializada do sistema normativo que regula o meio ambiente, há quem aponte a legislação ambiental como a vilã de dramas ambientais. Eventos como o drama formado pela Samarco e pela Vale SA denunciam a gravidade da ineficácia do modelo de execução do controle preventivo e repressivo pela Administração Pública na aplicação da legislação ambiental. Por conseguinte, que sirva de lição para a remodelagem da composição e atuação dos órgãos ambientais, o que significa uma reorganização quantitativa, através de concursos públicos e salários dignos, e qualitativa através da capacitação eficaz dos servidores, ressaltando que em meio ambiente a regra é a certeza científica, o que requer o banimento de ideologias que em nada contribuem para a proteção ambiental.

O governo deve mudar o tom das políticas públicas antecessoras, privilegiando a certeza científica, de modo a propugnar por avaliações de impactos ambientais consistentes, caminho essencial para esvaziar o descontrole e assim, entregar ao cidadão a promessa constitucional da sadia qualidade de vida, da proteção ambiental e da dignidade, evadindo práticas

violadoras da precaução, que subtraíam serviços ecossistêmicos, ameacem a sustentabilidade e interrompa a vida.

No tocante à reforma do licenciamento ambiental, que foi malsinadamente estigmatizada como ‘flexibilização’, importante destacar que necessário se faz a reformulação e unificação de rotinas para os processos de licenciamento. Em que pese que a proposição legislativa contenha dispositivos que não se ajustam à maturidade de alguns empresários, como é o caso do auto licenciamento, a grande maioria das alterações propostas são positivas para o desenvolvimento em sintonia com a sustentabilidade, de modo que a proposição, com ajustes específicos, tende a minimizar excessos e omissões nos licenciamentos ambientais, sendo passível de instituir um cenário de segurança e estabilidade nas relações entre o público e o privado.

2 DEFICIÊNCIA DA EDUCAÇÃO E DA INFORMAÇÃO AMBIENTAL: OBSTÁCULO PARA A PARTICIPAÇÃO POPULAR NOS LICENCIAMENTOS COM REPERCUSSÃO HUMANITÁRIA E AMBIENTAL

Como bem marcado por Rachel Carson⁴⁵ “Hoje estamos preocupados com um tipo diferente de risco que se oculta em nosso meio ambiente – um risco que nós mesmos introduzimos em nosso mundo, à medida que nosso estilo de vida moderno se desenvolveu.” O potencial de impacto ambiental deve ser descortinado, como condição para a aprovação dos projetos com significativo impacto ambiental, cujo significado é bem formulado por Luis Enrique Sánchez:

Em primeira análise, significativo é tudo aquilo que tem um significado; é sinônimo de expressivo. Mas é com o sentido de considerável, suficientemente grande, ou ainda como importante que deve ser entendida a locução *impacto ambiental significativo*. A definição, porém, não resolve o problema, porque impacto *significativo* é um termo carregado de subjetividade. E dificilmente poderia ser outra forma, uma vez que a importância atribuída às alterações ambientais chamadas impactos depende de seu entendimento, de seus valores, de sua percepção. [...] O potencial que uma determinada obra ou ação humana de causar alterações ambientais depende de duas ordens de fatores: as solicitações impostas ao meio pela ação ou projeto, ou seja, a sobrecarga imposta ao ecossistema pela emissão de poluentes, supressão ou adição de elementos ao meio;

45. CARSON, Rachel. *Primavera silenciosa*. São Paulo: Gaia, 2016. p. 162.

a vulnerabilidade do meio, ou seja, o inverso da resiliência, que por sua vez dependerá do estado de conservação do ambiente e das solicitações impostas anteriormente e cujos efeitos se acumularam; ou a importância do ambiente ou do ecossistema – muitas vezes é difícil tornar operacionais os conceitos de vulnerabilidade ou de resiliência, sendo mais fácil designar tipos de ambiente que se deseja proteger (devido à sua importância ecológica ou outro atributo), ou ainda áreas geograficamente delimitadas.⁴⁶

A Licença Ambiental somente deve ser expedida quando constatada a viabilidade da atividade, o que requer a disponibilização, nos autos do processo, da integralidade das informações relativas aos impactos significativos.

Ángel Ruiz Apodaca Espinosa cita a Sentença STC 13/1998, proferida pelo Tribunal Constitucional da Espanha, órgão constitucional que exerce a função intérprete da Constituição da Espanha, equivalente ao Supremo Tribunal Federal (STF) no Brasil, relativa à avaliação de impacto ambiental, que discorre sobre a informação:

Sua finalidade própria é facilitar às autoridades competentes, a informação adequada, que lhes permitam decidir sobre um determinado projeto com pleno conhecimento de seus possíveis impactos significativos no meio ambiente (Preâmbulo das Diretivas 85/337/CEE e 97/11/CE e do Real Decreto Legislativo 1302/1986).⁴⁷

No tocante à necessidade de informação para o cidadão, Gabriel Real Ferrer destaca:

Mas de nada serve estabelecer meios de participação se a população não conta com a informação necessária para formar sua própria opinião. É por ela que, como projeção e necessário pré-requisito da participação, o Direito Ambiental tem desenvolvido instituições próprias em relação à transparência das atuações públicas na matéria e, ao conhecimento dos riscos que para a natureza possam implicar determinadas atuações públicas ou privadas. Me refiro ao Direito de Acesso à Informação Ambiental. Desde outra ótica, a educação ambiental, como obrigação pública, obedece a esta mesma lógica de fazer efetiva uma responsável participação da cidadania, atual ou futura, nas

46. SÁNCHEZ, Luis Enrique. *Avaliação de impacto ambiental: conceitos e métodos*. 2. ed. São Paulo: Oficina de Textos, 2013. p. 123-125.

47. “Su finalidad propia es facilitar a las autoridades competentes la información adecuada, que les permita decidir sobre un determinado proyecto con pleno conocimiento de sus posibles impactos significativos en el medio ambiente (Preámbulo de las Directivas 85/337/CEE y 97/11/CE y del Real Decreto Legislativo 1302/1986).” APODACA ESPINOSA, Ángel Ruiz. *Régimen jurídico de la evaluación ambiental: comentario a la ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental*. Navarra: Aranzadi, 2014. p. 119.

decisões de natureza ambiental, pois para participar tão necessário é estar informado como estar formado.⁴⁸

A tese de doutoramento de Paulo Affonso Leme Machado ressalta a necessidade da completude da informação, inclusive quanto às incertezas:

O fato de a informação ambiental transmitir dados técnicos não afasta a obrigação de a mesma ser clara e compreensível para o público receptor. A informação necessita poder ser utilizada de imediato, sem que isso demande que os informados sejam altamente especializados no assunto. [...] A clareza deve coexistir com a precisão, não se admitindo a incompletude da informação sob pretexto de ser didática. [...] diante das incertezas que se possam detectar nos dados ambientais transmitidos, cabe ao informante ser imparcial e dar chance de conhecimento, aos informados, de todos os ângulos da questão, sem privilegiar qualquer ponto de vista. E, quando o informante entender necessário posicionar-se, incumbe a ele justificar, com amplitude e profundidade, suas razões, apresentando, também, as razões contrárias às suas.⁴⁹

Com efeito, o cidadão tem o direito/dever/poder de influir nas decisões com repercussões ambientais e humanitárias. Um dos mais influentes coeficientes para a crise ambiental, constitui-se no padrão da informação transmitida, não raro, em moldes fragmentos, inacabados, inconclusivos, o que, por conseguinte, suprime do cidadão o direito de escolher. De modo hostil, a vulnerabilidade técnica do cidadão, que muitas vezes não é destinatário de políticas públicas que efetivamente promovam uma educação ambiental eficaz para o entendimento dos riscos ambientais, impede o exercício do contraditório e, conseqüentemente, a participação dos interessados nas decisões que afetam o meio ambiente e a sua vida. Este sistema de exclusão da participação popular, privilegia o empreendedor, em prejuízo aos ecossistemas e à sadia qualidade de vida.

48. “Pero de nada sirve establecer cauces de participación si la población no cuenta con la información necesaria para formar su propia opinión. Es por ello que, como proyección y necesario prerrequisito de la participación, el Derecho Ambiental ha desarrollado instituciones propias en relación a la transparencia de las actuaciones públicas en la materia y al conocimiento de los riesgos que para la naturaleza pueden entrañar determinadas actuaciones públicas o privadas. Me refiero al Derecho de Acceso a la Información Ambiental. Desde otra óptica, la educación ambiental, como obligación pública, obedece a esta misma lógica de hacer efectiva una responsable participación de la ciudadanía, actual o futura, en las decisiones de naturaleza ambiental, pues para participar tan necesario es estar informado como estar formado.” REAL FERRER, Gabriel. La construcción del derecho ambiental. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 18, n. 3, p. 347-368, dez. 2013. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5128>>. Acesso em: 26 jul. 2018. p. 356-357. (Tradução livre da autora da presente Dissertação).

49. MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito à informação e meio ambiente*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 92.

O sistema legal pátrio assegura o direito à informação e o dever de promover a educação ambiental. Na forma da Lei 9.795/1999⁵⁰, o poder público deve definir políticas públicas e, em conjunto com instituições educadoras, órgãos integrantes do SISNAMA, meios de comunicação de massa e à sociedade como um todo, promover a educação ambiental. Frise-se, por oportuno, que relativamente às empresas, entidades de classe, instituições públicas e privadas, a norma exige a capacitação dos trabalhadores, visando à melhoria e ao controle efetivo sobre o ambiente de trabalho, bem como sobre as repercussões do processo produtivo no meio ambiente (art. 3, V).

A Lei 12.334/2014⁵¹ determina um Sistema Nacional de Informações sobre Segurança de Barragens (SNISB) que mantenha registros informatizados das condições de segurança de barragens em construção, em operação e desativadas (art.13), elencando como exigências para o bom funcionamento, a descentralização da obtenção e produção de dados e informações; a coordenação unificada do sistema e a garantia de acesso a toda a sociedade (art.14). Por sua vez, para a região de Minas Gerais, a Lei 15.971/2006 (MG)⁵², através do art. 2º, tratou do tema informação ambiental, prescrevendo o acesso à informação, incluindo documentos relativos situações de risco ou de emergência ambiental; acidentes; resultados de monitoramento e auditoria nos sistemas de controle de poluição, etc.

Ocorre que, a Lei 21.972/2016 (MG)⁵³, que determina à SEMAD a organização das informações ambientais, estabelece que as mesmas sejam destinadas exclusivamente ao SISEMA, ao empreendedor e às entidades

50. BRASIL. Lei nº 9.794, de 27 de abril de 1999. Dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências. Portal da Legislação, Brasília, 1999. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19795.htm> Acesso em 13 fev. 2019.

51. BRASIL. Lei nº 12.334, de 20 de setembro de 2010. Estabelece a Política Nacional de Segurança de Barragens destinadas à acumulação de água para quaisquer usos, à disposição final ou temporária de rejeitos e à acumulação de resíduos industriais, cria o Sistema Nacional de Informações sobre Segurança de Barragens e altera a redação do art. 35 da Lei no 9.433, de 8 de janeiro de 1997, e do art. 4º da Lei no 9.984, de 17 de julho de 2000. Portal da Legislação, Brasília, 2010. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12334.htm> Acesso em: 13 fev. 2019.

52. MINAS GERAIS (Estado). Lei 15.971, de 12 de janeiro de 2006. Assegura o acesso a informações básicas sobre o meio ambiente, em atendimento ao disposto no inciso II do § 1º do art. 214 da Constituição do Estado, e dá outras providências. *Portal da Assembleia Legislativa de Minas Gerais*, Minas Gerais, 2006. Disponível em: <<https://www.almg.gov.br>> Acesso em: 18 fev. 2019.

53. MINAS GERAIS (Estado). Lei 21.972, de 21 de janeiro de 2016. Dispõe sobre o Sistema Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídricos – Sisema – e dá outras providências. *Portal da Assembleia Legislativa de Minas Gerais*, Minas Gerais, 2016. Disponível em <<https://www.almg.gov.br>> Acesso em 18 fev. 2019.

intervenientes no licenciamento. No rol dos destinatários do banco de dados, não consta o principal interessado, o cidadão, aquele que suportará os efeitos das externalidades negativas do processo de produção, em flagrante confronto com a o ordenamento legal que afirma a publicidade da informação:

Art. 31 – A Semad disponibilizará, em plataforma on-line, banco de dados com as informações constantes dos estudos ambientais apresentados no âmbito dos processos administrativos das atividades e dos empreendimentos em trâmite perante o Sisema.

§1º – Compete à Semad a inclusão, gestão e atualização das informações que deverão constar do banco de dados de que trata o *caput*.

§2º – O banco de dados de que trata o *caput* será disponibilizado aos órgãos e entidades que integram o Sisema, aos empreendedores e aos órgãos e entidades intervenientes em processo de licenciamento ambiental.

Dada a relevância da informação ambiental, considerando as transformações socioambientais que possam advir da intervenção antrópica, a Constituição da Ucrânia, palco do terrível drama promovido pela Usina Nuclear de Chernobyl, passou por arranjos, instituindo o livre acesso à informação relativa a questões ambientais, qualidade dos alimentos e dos bens de consumo, determinando a primazia do acesso à informação pelo cidadão, em detrimento de interesses comerciais, industriais e inclusive sobre razões de segurança do Estado. Em rota equivalente, a Corte Europeia dos Direitos Humanos já decidiu que o direito à devida informação é público e integra o direito à vida, sendo imprescindível para que o cidadão avalie riscos e tome decisões.⁵⁴

Recentemente, sistematizando regras e disciplinando garantias para a efetividade do direito à informação, o Acordo Regional sobre Acesso à Informação, Participação Pública e Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais na América Latina e no Caribe⁵⁵, adotado em Escazú (Costa Rica) em 4.3.2018 surgiu como um importante instrumento para a concretização da informação, fundamental para desatar o obstáculo da vulnerabilidade técnica, abrindo caminhos para o sucesso da sustentabilidade.

54. MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito à informação e meio ambiente*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 94.

55. COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E O CARIBE (CEPAL). *Acordo regional sobre acesso à informação, participação pública e acesso à justiça em assuntos ambientais na América Latina e no Caribe*. Santiago: Nações Unidas, 2018. Disponível em: <https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43611/S1800493_pt.pdf>. Acesso em: 20 out. 2018.

O Acordo de Escazú institui o princípio de boa-fé, elemento essencial na construção da confiança nas relações e, concomitantemente, estabelece o princípio da máxima publicidade e a participação pública nos processos decisórios, determinando ao signatários (dentre eles o Brasil), que garanta mecanismos de participação do público nos processos de tomadas de decisões, revisões, reexames ou atualizações relativos a projetos e atividades, bem como em outros processos de autorizações ambientais que tenham ou possam ter impacto significativo sobre o meio ambiente, incluindo os que possam afetar a saúde.

Bem de ver que o Acordo de Escazú, além de prever direitos, preza por determinar o estabelecimento de garantias da execução do direito. Ferrajoli, estabelece a relação entre garantias e direitos, considerando as formas como os Poderes Públicos violam os direitos dos cidadãos:

A consequência dessa distinção entre direitos e garantias é de enorme importância, não somente em nível teórico, mas também em nível metateórico. Sobre o plano teórico, essa distinção comporta a afirmação de que o nexo entre expectativas e garantias não é um nexo empírico, mas um nexo normativo, que pode ser contraditado pela existência das primeiras e pela inexistência das segundas; e que, então, a ausência de garantias deve ser considerada como uma indevida lacuna, a qual é obrigação dos poderes públicos, internos e internacionais, completar; assim como as violações dos direitos por obra dos poderes públicos contra os seus cidadãos devem ser concebidas como indevidas antinomias, as quais é obrigatório sancionar como atos ilícitos ou anular como atos inválidos. Sobre o plano metateórico, a distinção comporta a afirmação de um papel não puramente descritivo, mas, sim, crítico e normativo da ciência jurídica nos confrontos com seu objeto: crítico nos confrontos com as lacunas e com as antinomias que ela tem o dever de revelar, e normativo em relação à legislação e à jurisdição a que ela impõe a sua completude ou a sua reparação.⁵⁶

Segundo Ferrajoli, a ausência de garantias evidencia uma deficiência do poder público que provoca lacunas do direito. Na mesma medida, sublinha que lesão do direito do cidadão, por ato do poder público, reclama medidas repressivas e corretivas. Visando a garantia do direito à informação, e a soberana utilidade prática da informação, o Acordo de Escazú determina a instituição de mecanismos que, efetivamente, instruem e instrumentalizem o cidadão, tornando-o capacitado para exercer o amplo contraditório e contribuir para as decisões com repercussões ambientais e humanitárias.

56. FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 40-41.

No processo de apuração das responsabilidades pelo rompimento das barragens, necessário se faz verificar se as regras dispostas no SNISB, na norma mineira que promete assegurar a informação ambiental, assim como no Acordo de Escazú foram aplicadas. Que a reincidência no desastre determine uma avaliação no sentido de entender o que falta para que o cidadão atue nos processos decisórios com ressonância socioambiental e impulse políticas públicas e privadas efetivas para a educação ambiental e para o acesso à informação num padrão que qualifique o cidadão para participar dos processos decisórios de políticas de desenvolvimento e, desta feita, possa influir nas decisões com repercussões ambientais e humanitárias.

Importante entender que não basta a catalogação da informação se as mesmas não forem divulgadas através de mecanismos de amplo alcance e se as autoridades silenciarem nos esclarecimentos suficientes para que o conteúdo seja alcançado pela população vulnerável. Merece a maior atenção, a mensagem de Rachel Carson⁵⁷, que marca que “A população precisa decidir se deseja continuar no caminho atual, e só poderá fazê-lo quando estiver em plena posse dos fatos. Nas palavras de Jean Rostand, ‘a obrigação de suportar nos dá o direito de saber’.” E portadores da informação, devemos decidir com responsabilidade e cautela, pois “As gerações futuras provavelmente não perdoarão nossa falta de preocupação prudente com a integridade do mundo natural que sustenta toda a vida.”

Os episódios dos estouros das barragens e da iminência de tantos outros, nos leva crer que a previsão de Carson materializou-se. Somos a geração futura à dela, a que possivelmente não perdoará a falta de preocupação prudente.

3 DESLOCAMENTO AMBIENTAL E DANO À IDENTIDADE COMO DIMENSÃO HUMANITÁRIA DO ROMPIMENTO DAS BARRAGENS

Rachel Carson, refletindo sobre a influência dos riscos sobre a vida humana, argumenta que a Declaração dos Direitos Humanos não garante proteção do cidadão contra os venenos letais, porque os antepassados não puderam planejar o surgimento de tal hipótese.⁵⁸ O complexo arsenal de riscos que habita o ambiente criado nas décadas seguintes à Declaração Universal dos Direitos Humanos, impulsionou uma urgente reconfiguração

57. CARSON, Rachel. *Primavera silenciosa*. São Paulo: Gaia, 2016. p. 28.

58. CARSON, Rachel. *Primavera silenciosa*. São Paulo: Gaia, 2016. p. 24.

para o enfrentamento das agressões, instituindo mecanismos com lastros da precaução, alguns deles ilustrado acima.

Quando tímida a cautela, a procriação de impactos ambientais, segue a passos largos, transcendendo o imaginário. A acumulação de riscos nas barragens, deflagrou o desastre e consequentes danos ambientais e humanitários permanentes. Sobre o tema, vale destacar o entendimento do Centro Universitário de Estudos e Pesquisas sobre Desastres da UFSC:

Desastres podem ser caracterizados pelo resultado do processo de acumulação de risco, que decorre da combinação de ameaças, condições de vulnerabilidade e insuficiente capacidade ou medidas para reduzir as consequências negativas e potenciais do risco (EIRD, 2004), provocando danos humanos, sociais, ambientais e prejuízos econômicos de diferentes magnitudes. Os registros dessas ocorrências aumentam a cada ano e, também, o número de pessoas que habita áreas suscetíveis a riscos, produzindo enorme sofrimento humano e perdas onerosas, especialmente nos países mais vulneráveis economicamente. É comum ressaltar a relação indissociável entre ameaça e vulnerabilidade na composição do risco de desastre. A ameaça se apresenta como fenômeno físico latente, com probabilidade de ocorrer no futuro, e que pode ser classificada de acordo com sua origem, como natural ou tecnológica. A vulnerabilidade está atrelada aos aspectos intrínsecos, características e condições próprias de uma comunidade ou ecossistema, que se torna suscetível aos efeitos danosos de uma ameaça.⁵⁹

Muitos foram e seguem afetados pelos desastres das barragens. No grupo de afetados, destacam-se o desabrigado que consiste no desalojado ou pessoa cuja habitação foi afetada por dano ou ameaça de dano e que necessita de abrigo; o desalojado, que é a pessoa que foi obrigada a abandonar temporária ou definitivamente sua habitação, em função de evacuações preventivas, destruição ou avaria grave, decorrentes do desastre, e que, não necessariamente, carece de abrigo; o desaparecido, ou seja, a pessoa que não foi localizada ou de destino desconhecido, em circunstância de desastre.⁶⁰

O empreendedor poluidor extraiu os atributos econômicos dos recursos ambientais, entregando à presente e às futuras gerações de seus empregados, terceirizados e vizinhos, os resíduos acumulados ao longo de

59. FURTADO, Janaína Rocha; SILVA, Marcela Souza (Org). *Proteção aos Direitos Humanos das Pessoas Afetadas por Desastres*. Florianópolis: CEPED UFSC, 2014. 276 p. . p.26. Disponível em <<http://www.ceped.ufsc.br/wp-content/uploads/2014/01/Protecao-aos-Direitos-Humanos.pdf>> Acesso em 20 fev. 2019.

60. Terminologia de Desastres. *Portal da Prefeitura de São Paulo*. Segurança Urbana. Disponível em <<https://www.prefeitura.sp.gov.br>> Acesso em 20 fev. 2019.

anos. Apropriou-se indevidamente dos vales, dos lares e do rio, fazendo-os destinatários de seu lixo. Por onde o mar de lama residual passou, desertificou, expulsou a potabilidade do corpo hídrico e o fez depósito de seus efluentes.

O impacto compelido aos recursos hídricos desorganizou o estado das águas, dotando-as de turbidez, o que impede a transposição da luz, dando causa ao deplecionamento dos microorganismos, quebrando a cadeia alimentar, devastando a fauna e a flora. O poluidor inaugurou um cenário desprovido de solo fértil, interditando a agricultura, escasseando o alimento e o sustento. Para quantos sobreviventes, não restam alternativas, senão buscar nas sobras uma nova forma de viver e de obter o seu sustento, a reinvenção da cadeia alimentar.

A devastação afetou o direito à paisagem e ao lazer. O caos e o trauma estreitam as lembranças felizes dos sobreviventes de Bento, de Brumadinho, das cidades e vilas do entorno, das comunidades ribeirinhas, cedendo espaço para o deslocamento e o desespero. Demais disso, a cada dia, novos Municípios sofrem com alertas e ordens de desocupação imediata, dado que, segundo noticiado pela imprensa, empresas contratadas deixaram de assinar laudos de segurança de barragens, e divulgam riscos de rompimento de outras barragens. O terror adentrou o cotidiano de muitos. E, em tais condições, a vida segue. A vida segue com biomas arruinados. A vida segue com pessoas desaparecidas. A vida segue com lares destruídos. A vida segue com famílias e círculos de amizades arruinados. A vida segue para quem foi degredado. A vida segue para quem perdeu a identidade e referências. A vida segue para aqueles que são atormentados numa expectativa do som ensurdecedor do comando de desocupação de suas casas. E nesse cenário a vida segue. Segue? Segue para quem?

As alterações ambientais derivadas das condutas (des)humanas que deram causa aos “estouros” das barragens, impôs o fluxo migratório. A saturação convidou as vítimas flageladas ao deslocamento para uma paragem sem endereço, estabilizando a incerteza. Em razão das alterações ambientais provocadas pelas intervenções das mineradoras, que agiram sob os olhos silenciosos do poder público, famílias, amigos, filhos e vizinhos, de modo infeliz, envolvidos pela lama e impregnados pelo desespero, foram e seguem transformados em deslocados ambientais, abandonados quase que por inteiro, à própria sorte.

E a cada dia, novas pessoas que habitam outras cidades ingressam compulsoriamente no grupo de vulneráveis. Não raro, a magnitude dos impactos ambientais decorrentes de desastres causados pelo homem cria

um ambiente inabitável, forçando aos sobreviventes a deixarem suas casas temporariamente ou permanentemente. Pessoas deixaram de habitar. Habitar, conforme Françoise Choay, “é a ocupação pela qual o homem tem acesso ao ser, deixando surgir as coisas em torno de si, enraizando-se”.⁶¹

Os que habitavam, tornaram-se vulneráveis ambientais, perfazendo a categoria de refugiados ambientais, conceito principiado por Lester Brown:

Confluem, lamentavelmente, a questão dos refugiados e a dos desastres ditos naturais, mas que em grande escala decorrem de ações humanas. Cria-se, então, a figura do refugiado ambiental, conceito introduzido por Lester Brown, durante os anos 70 (dis- semos, anos 70!). O conceito é dado por Essam El-Hinnawi, professor do Centro Nacional de Pesquisa Egípcio, em 1985: refugiados ambientais são “aquelas pessoas que foram forçadas a abandonar o seu habitat tradicional, de forma temporária ou permanente, por causa de uma evidente perturbação ambiental (natural e/ou acionada por pessoas), que ameaça a sua existência e/ou afeta gravemente a qualidade da sua vida.”⁶²

Os que habitam o perímetro sujeito à lama, adormecem e acordam atormentados pela iminência da morte e da perda de suas histórias e referências. Em pleno risco de supressão de histórias contadas pelo álbum de casamento, pela veste de batismo dos filhos, pela louça da avó, pelos móveis e imóveis que contam os esforços para a aquisição e reforma de suas propriedades. Algumas muitas barragens transformaram uma diversidade de locais, em áreas vulnerabilidade ambiental, que na forma da Lei Estadual 20.009/2012 (MG), consiste em “locais onde haja possibilidade de ocorrência de acidentes que resultem em dano ambiental capaz de comprometer uma população ou um ecossistema.”⁶³ Percebe-se o fenômeno da criação em massa de vulneráveis socioambientais.

As diversas modalidades de barragens, ainda que operem de forma controlada e que jamais extravase o risco, lesam direitos desde a fase construtiva. Um estudo apresentado no XLV Congresso da SOBER, que tratou do reassentamento para efeito de construção de barragens de

61. CHOAY, Françoise. *O urbanismo: utopias e realidades, uma antologia*. Tradução de: Dafne Nascimento Rodrigues. São Paulo: Perspectiva, 2015. Título original: *L'urbanisme: Utopies et Réalités Une Antologie*. p. 38.

62. AZEVEDO, Tupinambá Pinto de. *Refugiados e Deslocados Ambientais*. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/70454/39997>>. Acesso em: 16 fev. 2019. p. 62/63.

63. MINAS GERAIS (Estado). Lei 20.0009, de 4 de janeiro de 2012. Dispõe sobre a declaração de Áreas de Vulnerabilidade Ambiental e dá outras providências. *Portal da Assembleia Legislativa de Minas Gerais*, Minas Gerais, 2012. Disponível em <<https://www.almg.gov.br>> Acesso em: 18 fev. 2019.

usinas hidrelétricas demonstra os danos sociais atrelados à construção de barragens:

Nos projetos de reassentamento advindos do deslocamento compulsório a que são submetidos os atingidos por barragens costuma-se subestimar o impacto das mudanças no principal componente do sistema organizacional, as pessoas. Estas não podem ser simplesmente transferidas de um local para outro, religadas, reconfiguradas e sair produzindo, reestruturarem-se de um dia para o outro. Estas pessoas devem ser preparadas para o processo de mudança, uma vez que toda a rotina de trabalho, produção e relações interpessoais, com as quais estão acostumadas, pode ser radicalmente mudada. As pessoas tendem a se apegar às suas rotinas, onde a mudança pode trazer conflito e resistência, uma vez que se está mexendo com estruturas subjetivas e de poder preexistentes.⁶⁴

Enfim, tentamos demonstrar neste trabalho que, além do impacto ambiental, na fauna e na flora, na construção de barragens para Usinas Hidrelétricas também existe o impacto social contundente na vida das pessoas atingidas. E os atingidos pela construção da barragem da UHDF, ao serem submetidos ao deslocamento involuntário, sofreram graves impactos sócio-culturais, onde se inclui a perda da identidade coletiva, decorrente da mudança de território rural e dos padrões de organização social, como relações de parentesco, amizade e comunidade. Poderia-se reconhecer ou afirmar que as indenizações feitas a estas pessoas não pôde compensar os prejuízos, sejam eles econômicos, ou ainda pela desagregação das estruturas comunitárias com seus valores históricos, formas de vida e relações sociais, de valor inestimável, para as famílias que viviam no território atingido pela UHDF.⁶⁵

As dificuldades de adaptação são abordadas nas conclusões de uma pesquisa realizada relativamente aos atingidos pela barragem do reservatório da Usina Hidrelétrica Dona Francisca:

[...] neste estudo, percebeu-se que as pessoas envolvidas compartilharam angústias semelhantes, decorrentes da saída das terras atingidas por barragens serra/roça para as propriedades destino campo/lavoura. A maioria das

64. SOARES, Nádia Bolzan; FROEHLICH, José Marcos; MARQUES, Maria Madalena S. A Identidade Água Abaixo - Os Reassentados da Usina Hidrelétrica Dona Francisca (uhdf) - RS. XLV Congresso da SOBER "Conhecimentos para Agricultura do Futuro" Disponível em: <<http://www.sober.org.br/palestra/6/306.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2019. p. 62/63.

65. SOARES, Nádia Bolzan; FROEHLICH, José Marcos; MARQUES, Maria Madalena S. A Identidade Água Abaixo - Os Reassentados da Usina Hidrelétrica Dona Francisca (uhdf) - RS. XLV Congresso da SOBER "Conhecimentos para Agricultura do Futuro" Disponível em: <<http://www.sober.org.br/palestra/6/306.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2019. p. 62/63.

famílias migrantes das áreas das barragens expressam suas preocupações com o rompimento dos laços comunitários anteriores, a relação com o rio e a perda material das condições de vida das suas famílias.⁶⁶

O Observatório Sócio-Ambiental de Barragens da Universidade Federal do Rio de Janeiro, guarda registros de transformações sociais de reassentados, constando nos arquivos, informações sobre o diagnóstico efetuado para Dona Francisca. Vejamos:

No ano de 2001, a DFESA contratou os serviços da empresa SOMA, com o objetivo de realizar um diagnóstico das famílias reassentadas em função do deslocamento provocado pela barragem. A pesquisa identificou famílias adaptadas à nova realidade, famílias com dificuldade de adaptação e famílias vulneráveis. Segundo o diagnóstico, as famílias classificadas como vulneráveis são “incapazes de se desenvolverem na nova propriedade e de garantir a subsistência familiar, situação que provavelmente levará ao abandono da gleba e ao agravamento das condições de sobrevivência de seus membros”.⁶⁷

A despeito das análises mencionadas versarem sobre imigração deflagrada por projeto de implantação de usina e não de rompimento de barragens, a ideia central relativamente à lesão à identidade pode ser aproveitada para o deslocamento ambiental decorrente de estouros de barragens, com um diferencial, neste caso, adiciona-se o elemento surpresa, o terror e a morte.

Com o estouro das barragens, lugares onde viviam, trabalhavam ou pernoitavam pessoas foram destruídos pela enxurrada de lama da Samarco e da Vale, e aqueles que habitavam os lugares foram degredados para os “não lugares”, locais desprovidos de expressão, referências e demais componentes de uma cidade que, em sua essência, conta a história vivida por cada um de seus habitantes. Desejos e necessidades, conforme acentuado por Zenildo Bodnar, contribuem para a composição das cidades, sendo elementos essenciais para a concepção do lugar, numa ótica transdisciplinar⁶⁸.

66. MERA, Cláudia Maria Prudêncio de; Soares, Denisa; SPECHT, Suzimary; BLUME, Roni. *Da serra/roça para o território campo/lavoura: transformações socioeconômicas e culturais de reassentados rurais atingidos por barragens*. Revista NERA. Universidade Estadual Paulista (UNESP). Disponível em: <<http://revista.fct.unesp.br/index.php/nera/article/viewFile/5265/4194>>. Acesso em: 16 fev. 2019. p.81.

67. Transformações Sociais Ambientais. Revista NERA. *Observatório Sócio-Ambiental de Barragens*. UFRJ. Disponível em: <<http://www.observabarragem.ippur.ufrj.br/barragens/9/dona-francisca>> Acesso em: 16 fev. 2019.

68. BODNAR, Zenildo. *Direito à cidade: por uma epistemologia interdisciplinar emancipatória*. Revista Paisagem e Ambiente. In: BRANDÃO, Paulo de Tarso; SANTO, Davi do Espírito. *Direito, Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente* (recurso eletrônico). Itajaí: UNIVALI, 2016.

Se um lugar pode se definir como identitário, relacional e histórico, um espaço que não pode se definir nem como identitário, nem como relacional, nem como histórico definirá um não-lugar. A hipótese aqui defendida é a de que a supermodernidade é produtora de não-lugares, isto é, de espaços que não são em si lugares antropológicos [...].⁶⁹

Com efeito, cada habitante doa um pouco de si na formação de um lugar. A história de cada vida e as percepções sobre as histórias vividas funcionam como ingredientes na edificação da cidade, construindo realidades apercebidas pelos demais habitantes, sob o prisma transdisciplinar⁷⁰ com lentes de multiplicidade de espaços e de referências. Nessa linha de percepção, Basarab Nicolesco destaca que “[...] na visão transdisciplinar, a realidade não é apenas multidimensional, é também multireferencial”⁷¹. Entendimento alinhado à proposta de Jean Piaget e à “Declaración y Recomendaciones qué Universidad para el Mañana?”⁷², DOCUMENTO DEFLAGRADO PELO CONGRESSO INTERNACIONAL DE LOCARNO (SUÍÇA, 1997).

Além do degedo para o não-lugar, as mineradoras sangraram o lugar, instituindo o fenômeno de transmutação do lugar em que habitavam para a categoria não-lugar, reduzindo condições e convívio com o outro, aquele que faz o reconhecimento dos elementos personalíssimos do ser, desorientando a vida. Por conseguinte, até mesmo as pessoas que permanecem habitando áreas afetadas, sofrem em suas referências, posto que as alterações negativas suprimiram elementos caracterizadores do lugar, transformando-os em não-lugar.

p.160.

69. AUGÉ, Marc. *Não-Lugares*: introdução a uma antropologia da supermodernidade. Trad. Maria Lúcia Pereira. Campinas: Papirus, 1994, p.73.
70. Vale citar a Carta de Transdisciplinaridade, adotada pelo 1o Congresso Mundial de Transdisciplinaridade (Convento de Arrábida, Portugal, 2-7 de novembro de 1994), segundo a qual, “o reconhecimento da existência de diferentes níveis de realidade, regidos por lógicas diferentes, é inerente à atividade transdisciplinar. Toda tentativa de reduzir a Realidade a um único nível, regido por uma única lógica, não se situa no campo da transdisciplinaridade” (art.2o). Conforme a Carta de Transdisciplinaridade, “o reconhecimento da existência de diferentes níveis de realidade, regidos por lógicas diferentes, é inerente à atividade transdisciplinar. Toda tentativa de reduzir a Realidade a um único nível, regido por uma única lógica, não se situa no campo da transdisciplinaridade” (art.2o).
71. NICOLESCU, Basarab. *O Manifesto da Transdisciplinaridade*. Trad. Lúcia Pereira de Souza. 3. ed. 1a reimp. São Paulo: Triom, 2008. p.63 apud BORDNAR, Zenildo. Direito à cidade: por uma epistemologia interdisciplinar emancipatória. In: BRANDÃO; SANTO, 2016, p.160.
72. CENTRE INTERNATIONAL DE RECHERCHES ET ÉTUDES TRANSDISCIPLINAIRES. *Declaración y Recomendaciones qué Universidad para el mañana?* Locarno, Suíza. 30 de abril - 2 de mayo de 1997. Disponível em: <<http://ciret-transdisciplinarity.org>>. Acesso em: 19 set. 16.

Patente que, em casos de deslocamento e desfazimento dos elementos que caracterizam o lugar, na magnitude como a imposta pela Samarco e pela Vale, as referências são estranguladas. Como os causadores diretos e indiretos do dano encaram o vazio de referências das pessoas afetadas, posto que foram desterradas (no sentido de destituídas do lugar, ainda que permaneçam na área impactada), além do aspecto material? Ou não miram os olhos dos sobreviventes?

Como preencher o abismo criado, a partir dos atos e omissões, para cada um dos atingidos? O presente foi violado e o futuro foi comprometido de tal forma que, neste tempo, não nos é dado conhecer os aspetos quantitativos e qualitativos de toda a complexidade dos danos. Difícil o ofício de mensurar o valor do espaço, do lugar para cada um dos que lá viviam.

A tarefa de quantificar o valor da relação do homem com o lugar é demasiada complexa, compreende a avaliação do homem quanto às suas conquistas, quanto aos valores que lá adquiriu, quanto às relações de vizinhança. Diz respeito à forma como o homem se relaciona com o mundo. Bodnar, fundamentado em David Harvey, leciona que o modo como representamos o espaço e o tempo na teoria importa, visto afetar a maneira como nós e os outros interpretamos e depois agimos com relação ao mundo⁷³.

Razão assiste a Henry Lefebvre ao ressaltar o direito à apropriação, e o aspecto do direito à individualização na socialização, ao habitat e ao habitar. Vejamos:

O direito à cidade se manifesta como forma superior dos direitos: direito à liberdade, à individualização na socialização, ao habitat e ao habitar. O direito à obra (à atividade participante) e o direito à apropriação (bem distinto do direito à propriedade) estão implicados no direito à cidade⁷⁴.

Nesse contexto, percebe-se que os prejuízos não estão limitados à perda da moradia. A tragédia arruinou a vida individual e coletiva, posto que desviou as relações.

A repercussão dos desastres em apreço supera os aspectos ambientais na condição de direitos difusos, confiscou a qualidade de vida de cada uma

73. BODNAR, Zenildo. Direito à cidade: por uma epistemologia interdisciplinar emancipatória. Revista Paisagem e Ambiente. In: BRANDÃO, Paulo de Tarso; SANTO, Davi do Espírito. *Direito, Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente* (recurso eletrônico). Itajaí: UNIVALI, 2016. p.158-159.

74. LEFEBVRE, Henry. *O Direito à Cidade*. Trad. Rubens Eduardo Frias. 4. ed. São Paulo: Centauro, 2006. p.135.

das vítimas. E a perturbação ambiental permanece. Os ecossistemas apelam para a reconstituição dos atributos ambientais deteriorados. Os deslocados ambientais choram a migração sem rumo, que os destitui dos vínculos e das raízes, fragilizando o senso de identidade. Gilson Jacobsen refletindo sobre a doutrina de Richard Wilkinson e Kate Pickett, assinala:

De fato, costumava-se crescer conhecendo as mesmas pessoas e sendo por elas conhecido e reconhecido durante toda a vida. Com isso o senso de identidade das pessoas estava intimamente relacionado à comunidade a que pertenciam, ao conhecimento real que umas pessoas tinham das outras.⁷⁵

Importante registrar que, no contexto da análise acima, voltado para as grandes cidades, constatam-se mudanças na forma de relacionamento, atualmente distanciado. Contudo, no caso dos núcleos afetados no interior de Minas Gerais, os moradores cresceram à moda antiga, com o contato direto e permanente, de modo que o desterro, com o consequente afastamento das pessoas, fez surgir um cruel esvaziamento da identidade.

O estouro das barragens, nas margens da previsibilidade, da qual as agendas pública e privada não cuidaram eficazmente e nem mesmo eficientemente, ficou às margens da gestão de riscos e resultou nos maiores dramas socioambientais do Brasil, impondo o penoso deslocamento ambiental e do modo de vida. João Carlos de Souza aborda a categoria deslocado (ambiental) interno, registrando traços das privações relacionadas à nova forma de vida e de relações sociais.

Sabe-se, atualmente, que o deslocado interno sofre privações de diversas naturezas, podendo, inclusive, ter sua sobrevivência ameaçada, visto que perde sua moradia, o emprego, o que pode gerar insegurança uma vez que necessita se adaptar a novas formas de vida e relações que envolvem, via de regra, desequilíbrio emocional e social. O que se conhece sobre essa população indica que a maioria foi obrigada a deixar seus lares em função de violações de direitos básicos, que punham em risco suas vidas. Logo, a situação do deslocado interno deve ser compreendida como de alta vulnerabilidade, visto as condições reais e concretas em que vive e as questões psicológicas desencadeadas pela experiência ameaçadora que teve. Esse fato necessita ser considerado pelos governos de locais em que habitam deslocados internos, tendo em vista serem os principais responsáveis no oferecimento de cuidados e proteção a esse tipo de população. Contudo, há que se considerar

75. JACOBSEN, Gilson. Sociedade de Risco, pobreza e desenvolvimento urbano: para além de cidades sustentáveis. In: BRANDÃO, Paulo de Tarso; SANTO, Davi do Espírito. *Direito, Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente* (recurso eletrônico). Itajaí: UNIVALI, 2016. p.50.

que, muitas vezes, o próprio governo atua na produção de deslocados internos (como se verá no caso das hidrelétricas que apresentarei mais adiante), o que se revela perverso, sobretudo em países subdesenvolvidos ou em que se vivem situações sociais de conflito permanentes.⁷⁶

Marc Augé, ao examinar os não-lugares reais da supermodernidade, cita exemplares que expressam a frieza dos mesmos: “aqueles que tomamos emprestados quando rodamos na auto-estrada, fazemos compras no supermercado, ou esperamos num aeroporto o próximo vôo [...]”⁷⁷ Com efeito, são locais que despertam a sensação de despertencimento tal qual ocorre com os deslocados ambientais, imigrantes forçados para não-lugares criados pela atividade econômica desprovida da precaução, e que definem o destino do cidadão transformado em vulnerável ambiental.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dramas como Césio 137, Vazamento da Petrobras na Baía de Guanabara, Barragem da Indústria Cataguases, Vila Socó, Barragem de Fundão da Samarco Mineradora SA (Vale e BHP Billiton), Museu Nacional e Barragem 1 da Mina Córrego do Feijão (Vale AS), descortinam fatos gravíssimos com sequelas que ultrapassam fronteiras e gerações, disseminando danos de impossível ou de difícil reparação. Não é impróprio concluir que a reincidência no estouro das barragens denuncia desacertos, cabendo uma análise para identificar o ponto de ruptura das práticas associadas ao licenciamento, operação e monitoramento, com os preceitos advindos da precaução. Nesse sentido, cabe uma investigação para determinar a fonte do desacerto, especificando se está na proposição, na determinação ou na realização de medidas acautelatórias. Ou trata-se de um conjunto de desconformidades que eclodiram nos dramas socioambientais? Cediço que os dramas formados pelas mineradoras evidenciam a necessidade de maior zelo e dedicação na instrução e monitoramento dos licenciamentos, bem como na elaboração e atendimento das condicionantes fixadas em documentos ambientais.

O estouro da barragem é elemento indiciário da debilidade dos mecanismos adotados para o controle dos riscos, violando o presente e comprometendo o futuro por conta de débitos na cautela. Quando uma

76. SOUZA, João Carlos de. Um ensaio sobre a problemática dos deslocados ambientais: a perspectiva legal, social e econômica. Belo Horizonte: Veredas do Direito, v.7 n.13/14, p.57-73, Janeiro/Dezembro de 2010. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/viewFile/131/147>>. Acesso em: 15 fev. 2019. p. 62/63.

77. AUGÉ, Marc. *Não-Lugares*: introdução a uma antropologia da supermodernidade. Trad. Maria Lúcia Pereira. Campinas: Papirus, 1994, p.88.

atividade econômica desprovida de medidas assecuratórias bastantes para a contenção de suas externalidades negativas, marcha sob a quietude do poder público, portas são abertas para o desfalecimento socioambiental.

O rompimento das barragens da Samarco (Mariana, 2015) e da Vale SA (Brumadinho, 2019) revelou a fotografia do modesto sistema de gestão ambiental eleito e a esterilidade das ações de contingência. Nem mesmo o alerta sonoro, expressamente determinado pelo art.29, §2º da Lei 21.972/2016⁷⁸, foi executado, medida primária que oportunizaria aos que morreram na zona de autossalvamento⁷⁹, a chance de lutar pela vida, ainda que mínima, mas uma chance de lutar pela vida. Nas palavras do presidente da Vale, o alarme foi ‘engolfado’. Vidas e patrimônios construídos com suor e luta, assim como sonhos e identidades foram ‘engolfados’ no mar de lama residual da empresa que privatizou a riqueza e, reiteradamente, socializa seu lixo. Casas onde as pessoas viviam e corpos humanos são depositários do lixo da Vale.

O universo de danos é ilimitado e afeta a vida de forma difusa, coletiva e privada. Se neste universo examinarmos a partícula referente aos serviços ecossistêmicos⁸⁰, os danos impelidos pela ação e omissão de

78. MINAS GERAIS (Estado). Lei 21.972, de 21 de janeiro de 2016. Dispõe sobre o Sistema Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídricos – Sisema – e dá outras providências. *Portal da Assembleia Legislativa de Minas Gerais*, Minas Gerais, 2016. Disponível em: <<https://www.almg.gov.br>> Acesso em: 18 fev. 2019.

79. Zona de Autossalvamento - ZAS: “região do vale à jusante da barragem em que se considera que os avisos de alerta à população são da responsabilidade do empreendedor, por não haver tempo suficiente para uma intervenção das autoridades competentes em situações de emergência, devendo-se adotar a maior das seguintes distâncias para a sua delimitação: a distância que corresponda a um tempo de chegada da onda de inundação igual a trinta minutos ou 10 km.” *Portal do DNPM*. Cria o Cadastro Nacional de Barragens de Mineração, o Sistema Integrado de Gestão em Segurança de Barragens de Mineração e estabelece a periodicidade de execução ou atualização, a qualificação dos responsáveis técnicos, o conteúdo mínimo e o nível de detalhamento do Plano de Segurança da Barragem, das Inspeções de Segurança Regular e Especial, da Revisão Periódica de Segurança de Barragem e do Plano de Ação de Emergência para Barragens de Mineração, conforme art. 8º, 9º, 10, 11 e 12 da Lei nº 12.334 de 20 de setembro de 2010, que estabelece a Política Nacional de Segurança de Barragens - PNSB. Disponível em: <<http://www.dnpm.gov.br/aceso-a-informacao/legislacao/portarias-do-diretor-geral-do-dnpm/portarias-do-diretor-geral/portaria-70-389-de-2017>>. Acesso em 18 fev. 2019.

80. Serviços Ecossistêmicos: “Benefícios que a sociedade obtém dos ecossistemas, usualmente classificados em quatro tipos: (i) serviços de provisão ou abastecimento, que são os produtos que as pessoas obtêm dos ecossistemas; (ii) serviços reguladores, que são os benefícios que as pessoas obtêm da regulação dos processos dos ecossistemas; (iii) serviços culturais, que são os benefícios não materiais que as pessoas obtêm dos ecossistemas e (iv) serviços de apoio, que são os processos naturais que mantêm os outros serviços.” SÁNCHEZ, Luis Enrique. Avaliação de impacto ambiental: conceitos e métodos. 2. ed. São Paulo: Oficina de Textos, 2013. p. 536.

pessoas, caracteriza inclusive o dano social atrelado à perda temporária da qualidade ambiental.

Que as responsabilidades administrativa, civil e penal sejam atribuídas, na medida da lei, sem castigo e sem indulto. Para a identificação da autoria dos danos, os documentos ambientais relacionados à atividade e à segurança da barragem devem ser minuciosamente examinados por profissionais experimentados em saberes diversos na área ambiental, com vistas a identificar se foram concebidos mediante a indispensável certeza científica ou se estão tingidos por irregularidades, tais como informações inconsistentes, omissões e dados falseados. Os documentos e o poder/dever de decisão, ambos contam a autoria.

Notadamente, o ônus da reparação cabe ao poluidor, ressaltando que, na forma da lei, poluidor é todo aquele que direta ou indiretamente contribui para o resultado, o que inclui na análise, a delimitação do aspecto fronteiro entre a responsabilidade do poluidor e da Administração Pública competente para o controle e a fiscalização da atividade.

O art. 7º da Deliberação Normativa 62/2002 COPAM destina aos proprietários do empreendimento, a responsabilidade pela segurança das barragens, no entanto há que ser apurada a responsabilidade do agente público.

Art.7º - Os proprietários do empreendimento são responsáveis pela implantação de procedimentos de segurança nas fases de projeto, implantação, operação, fechamento das barragens decorrentes de suas atividades industriais.

Parágrafo único - As atividades dos órgãos com atribuições de fiscalização não eximem os proprietários de empreendimentos da total responsabilidade pela segurança das barragens e reservatórios existentes nos seus empreendimentos, bem como das conseqüências pelo seu mau funcionamento.

A despeito da norma administrativa incentivar a responsabilidade exclusiva do empreendedor, na apuração das responsabilidades, deve ser observada a Lei 19.976/2011 que instituiu, em Minas Gerais, a Taxa de Controle, Monitoramento e Fiscalização das Atividades de Pesquisa, Lavra, Exploração e Aproveitamento de Recursos Minerários – TFRM – e o Cadastro Estadual de Controle, Monitoramento e Fiscalização das Atividades de Pesquisa, Lavra, Exploração e Aproveitamento de Recursos Minerários. Adicionalmente, importante considerar a Lei 21.972/2016 (MG); a Lei Estadual 20.009/2012 (MG) e toda a gama de leis que estabeleçam o regime de responsabilidade de todos os coadjuvantes do dano.

A Lei 21.972/2016 (MG)⁸¹, dispõe sobre o Sistema Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídricos – SISEMA, conjunto de órgãos e entidades responsáveis pelas políticas de meio ambiente e de recursos hídricos, com a finalidade de conservar, preservar e recuperar os recursos ambientais e promover o desenvolvimento sustentável e a melhoria da qualidade ambiental, determinando uma atuação integrada, transversal e participativa. Nos termos do art.7º, SEMAD, FEAM, IEF e IGAM (admitida a delegação à PMMG) detém o poder de polícia para o controle e fiscalização das normas ambientais, bem como para a aplicação de sanções administrativas. Importante salientar as competências da SEMAD, coordenadora do poder de polícia:

Art.4º – A Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável – Semad – tem por finalidade formular, coordenar, executar e supervisionar as políticas públicas para conservação, preservação e recuperação dos recursos ambientais, visando ao desenvolvimento sustentável e à melhoria da qualidade ambiental do Estado, competindo-lhe:

I – planejar, executar e coordenar a gestão ambiental de forma participativa e descentralizada, por meio da regularização ambiental e da aplicação de outros instrumentos de gestão ambiental;

II – coordenar e exercer o poder de polícia administrativa;

III – promover a educação ambiental e a produção de conhecimento científico com vistas à melhoria da formulação e implementação das políticas estaduais de meio ambiente e recursos hídricos;

IV – propor, estabelecer e promover a aplicação de normas relativas à conservação, preservação e recuperação dos recursos ambientais e ao controle das atividades e dos empreendimentos considerados efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, em articulação com órgãos e entidades federais, estaduais e municipais;

V – orientar, analisar e decidir sobre processo de licenciamento ambiental e autorização para intervenção ambiental, ressalvadas as competências do Copam;

VI – determinar medidas emergenciais, bem como a redução ou a suspensão de atividades em caso de grave e iminente risco para vidas humanas ou para o meio ambiente

81. MINAS GERAIS (Estado). Lei 21.972, de 21 de janeiro de 2016. Dispõe sobre o Sistema Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídricos – SISEMA – e dá outras providências. *Portal da Assembleia Legislativa de Minas Gerais*, Minas Gerais, 2016. Disponível em <<https://www.almg.gov.br>> Acesso em 18 fev. 2019.

e em casos de prejuízos econômicos para o Estado;

[...] (grifamos)

Conforme anteriormente destacado, documentos e normas indicam os que devem habitar o polo passivo nas ações judiciais. O drama reclama que os atos da pessoas que formam a empresa, de eventuais contratados e dos servidores do poder público que atuaram ou deveriam ter agido no licenciamento e fiscalização, sejam responsabilmente investigadas por profissionais multidisciplinares experimentados, que saibam o que examinar, evitando-se que a falta de expertise atue em prol do castigo ou do indulto. Ao tempo que devemos honrar os mortos e os desterrados que perderam suas referências e o sentimento de alegria e tranquilidade e que percorrerão passos sombreados pelo transtorno ao qual foram impedidos, o que é imensurável, na mesma medida, as investigações devem pautar-se no zelo, respeitando-se os representantes da empresa e os servidores da Administração Pública, que não devem ser flagelados e estigmatizados.

O drama requer investigações observadoras do direito de defesa em absoluta sintonia com atitudes rápidas, espontâneas e sem economia para a reparação e compensação pelo horror que foi imposto às vítimas, às pessoas que foram deslocadas e sofrerão danos pela redução das condições de convívio com o outro, aquele que faz o reconhecimento dos elementos personalíssimos do ser, desorientando a vida, alterando definitivamente, a rota da vida.

Os fatos reclamam a consideração de algo que vem antes da lei: a vergonha, a moral, a ética de todos os que contribuíram, ainda que indiretamente, para o evento que tornou a vida indefesa, que confiscou a qualidade de vida, que destruiu as referências dos habitantes, que transmudou sonhos para pesadelos e terror, que machucou a esperança, que levou desorientação e desorganização para a vida. Muitos foram enterrados vivos, muitos permanecem entranhados na lama. A gravidade dos fatos determina respostas espontâneas, sem que o poluidor usufrua o largo tempo de resposta do Estado-Juiz, eis que o prolongamento do *status* instituído, aumenta o prejuízo e castiga as vítimas. Como bem destaca Marinone, a demora do processo gera, no mínimo, infelicidade pessoal e angústia, reduzindo as expectativas de uma vida mais feliz ou, no caso concreto, menos infeliz.

REFERÊNCIAS

AGRELLI, Vanusa Murta. A contribuição dos instrumentos obtidos à luz do princípio da precaução para a eficácia do princípio do poluidor pagador na ação civil pública ambiental. In: MILARÉ, Édís (Coord.). Ação Civil Pública após 30 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

APODACA ESPINOSA, Ángel Ruiz. Régimen jurídico de la evaluación ambiental: comentário a la ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental. Navarra: Aranzadi, 2014.

ARCE RUIZ, Rosa M. La evaluación de impacto ambiental en la encrucijada. Madrid: Ecoiuris, 2002.

AUGÉ, Marc. Não-Lugares: introdução a uma antropologia da supermodernidade. Trad. Maria Lúcia Pereira. Campinas: Papirus, 1994.

AZEVEDO, Tupinambá Pinto de. Refugiados e Deslocados Ambientais. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/70454/39997>>. Acesso em: 16 fev. 2019.

BASTO GÓMEZ, Elizabeth. Régimen jurídico del aroma y de la contaminación por hedor. Espanha: JM Bosch, 2016.

BODNAR, Zenildo. Direito à cidade: por uma epistemologia interdisciplinar emancipatória. Revista Paisagem e Ambiente. In: BRANDÃO, Paulo de Tarso; SANTO, Davi do Espírito. Direito, Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente (recurso eletrônico). Itajaí: UNIVALI, 2016.

CARSON, Rachel. Primavera silenciosa. São Paulo: Gaia, 2016.

CHOAY, Françoise. O urbanismo: utopias e realidades, uma antologia. Tradução de: Dafne Nascimento Rodrigues. São Paulo: Perspectiva, 2015. Título original: L'urbanisme: Utopies et Réalités Une Antologie.

FERRAJOLI, Luigi. Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FURTADO, Janaína Rocha; SILVA, Marcela Souza (Org). Proteção aos Direitos Humanos das Pessoas Afetadas por Desastres. Florianópolis: CEPED UFSC, 2014. 276 p. p.28. Disponível em <<http://www.ceped.ufsc.br/wp-content/uploads/2014/01/Protecao-aos-Direitos-Humanos.pdf>> Acesso em 20 fev. 2019.

JACOBSEN, Gilson. Sociedade de Risco, pobreza e desenvolvimento urbano: para além de cidades sustentáveis. In: BRANDÃO, Paulo de Tarso; SANTO, Davi do Espírito. Direito, Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente (recurso eletrônico). Itajaí: UNIVALI, 2016.

LEFEBVRE, Henry. O Direito à Cidade. Trad. Rubens Eduardo Frias. 4. ed. São Paulo: Centauro, 2006.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito à informação e meio ambiente. São Paulo: Malheiros, 2006.

MERA, Cláudia Maria Prudêncio de; Soares, Denisa; SPECHT, Suzimary; BLUME, Roni. Da serra/roça para o território campo/lavoura: transformações socioeconômicas e culturais de reassentados rurais atingidos por barragens. Revista NERA. Universidade Estadual Paulista (UNESP). Disponível em: <<http://revista.fct.unesp.br/index.php/nera/article/viewFile/5265/4194>>. Acesso em: 16 fev. 2019.

NICOLESCU, Basarab. O Manifesto da Transdisciplinaridade. Trad. Lúcia Pereira de Souza. 3. ed. 1a reimp. São Paulo: Triom, 2008. p.63 apud BORDNAR, Zenildo. Direito à cidade: por uma epistemologia interdisciplinar emancipatória. In: BRANDÃO; SANTO, 2016.

REAL FERRER, Gabriel. La construcción del derecho ambiental. Novos Estudos Jurídicos, Itajaí, v. 18, n. 3, p.347-368, dez. 2013. Disponível em <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5128>> Acesso em 26 jul. 2018.

SÁNCHEZ, Luis Enrique. Avaliação de impacto ambiental: conceitos e métodos. 2. ed. São Paulo: Oficina de Textos, 2013. Prefácio à 1a edição.

SOARES, Nádia Bolzan; FROËHLICH, José Marcos; MARQUES, Maria Madalena S.. A Identidade Água Abaixo - Os Reassentados da Usina Hidrelétrica Dona Francisca (uhdf) - RS. XLV Congresso da SOBER “Conhecimentos para Agricultura do Futuro” Disponível em <<http://www.sober.org.br/palestra/6/306.pdf>> Acesso em 15 fev. 2019.

SOUZA, João Carlos de. Um ensaio sobre a problemática dos deslocados ambientais: a perspectiva legal, social e econômica. Belo Horizonte: Veredas do Direito, v.7 n.13/14, p.57-73, Janeiro/Dezembro de 2010. Disponível em <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/viewFile/131/147>> Acesso em: 15 fev. 2019.

BRASIL. Lei nº9.794, de 27 de abril de 1999. Dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências. Portal da Legislação, Brasília, 1999. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9795.htm> Acesso em 13 fev. 2019.

_____. Lei nº 10.257/2001, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Portal da Legislação, Brasília, 2001. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10257.htm> Acesso em 13 fev. 2019.

_____. Lei nº 12.334, de 20 de setembro de 2010. Estabelece a Política Nacional de Segurança de Barragens destinadas à acumulação de água para quaisquer usos, à disposição final ou temporária de rejeitos e à acumulação de resíduos industriais, cria o Sistema Nacional de Informações sobre Segurança de Barragens e altera a redação do art. 35 da Lei no 9.433, de 8 de janeiro de 1997, e do art. 4o da Lei no 9.984, de 17 de julho de 2000. Portal da Legislação, Brasília, 2010. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12334.htm> Acesso em 13 fev. 2019.

_____. Lei nº 12.608, de 10 de abril de 2012. Institui a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil - PNPDEC; dispõe sobre o Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil - SINPDEC e o Conselho Nacional de Proteção e Defesa Civil - CONPDEC; autoriza a criação de sistema de informações e monitoramento de desastres; altera as Leis nos 12.340, de 1o de dezembro de 2010, 10.257, de 10 de julho de 2001, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.239, de 4 de outubro de 1991, e 9.394, de 20 de dezembro de 1996; e dá outras providências. Portal da Legislação, Brasília, 2012. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12608.htm>. Acesso em 15 fev. 2019.

_____. Lei 12.983, de 2 de junho de 2014. Altera a Lei nº12.340, de 1o de dezembro de 2010, para dispor sobre as transferências de recursos da União aos órgãos e entidades dos Estados, Distrito Federal e Municípios para a execução de ações de prevenção em áreas de risco e de resposta e recuperação em áreas atingidas por desastres e sobre o Fundo Nacional para Calamidades Públicas, Proteção e Defesa Civil, e as Leis nos 10.257, de 10 de julho de 2001, e 12.409, de 25 de maio de 2011, e revoga dispositivos da Lei no12.340, de 1o de dezembro de 2010. Portal da Legislação, Brasília, 2014. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12983.htm>Acesso em 20 fev. 2019.

do-dnprm/portarias-do-diretor-geral/portaria-70-389-de-2017> Acesso em 18 fev. 2019.

_____. IT CEAM/DILAM 08/2013, com base na Res. CONAMA 1/86; Lei (RJ) n. 1356/88; DZ-041.R-13 disponível em <<http://www.inea.rj.gov.br/cs/groups/public/documents/document/zwew/mdiw/~edisp/inea0020380.pdf>> Acesso em 3 abr. 2017.

MINAS GERAIS (Estado). Lei 10.627, de 16 de janeiro de 1992. Dispõe sobre a realização de auditorias ambientais e dá outras providências. Portal da Assembleia Legislativa de Minas Gerais, Minas Gerais, 1992. Disponível em <<https://www.almg.gov.br>> Acesso em 18 fev. 2019.

_____. Lei 15.056, de 31 de março de 2004. Estabelece diretrizes para a verificação da segurança de barragem e de depósito de resíduos tóxicos industriais e dá outras providências. Portal da Assembleia Legislativa de Minas Gerais, Minas Gerais, 2004. Disponível em <<https://www.almg.gov.br>> Acesso em 18 fev. 2019.

_____. Lei 15.399, de 24 de novembro de 2004. Determina aos empreendimentos que menciona o encaminhamento, ao poder público, de relatório de avaliação de risco ambiental. Portal da Assembleia Legislativa de Minas Gerais, Minas Gerais, 2004. Disponível em <<https://www.almg.gov.br>> Acesso em 18 fev. 2019.

_____. Lei 15.971, de 12 de janeiro de 2006. Assegura o acesso a informações básicas sobre o meio ambiente, em atendimento ao disposto no inciso II do § 1º do art. 214 da Constituição do Estado, e dá outras providências. Portal da Assembleia Legislativa de Minas Gerais, Minas Gerais, 2006. Disponível em <<https://www.almg.gov.br>> Acesso em 18 fev. 2019.

_____. Lei 20.0009, de 4 de janeiro de 2012. Dispõe sobre a declaração de Áreas de Vulnerabilidade Ambiental e dá outras providências. Portal da Assembleia Legislativa de Minas Gerais, Minas Gerais, 2012. Disponível em <<https://www.almg.gov.br>> Acesso em 18 fev. 2019.

_____. Lei 21.972, de 21 de janeiro de 2016. Dispõe sobre o Sistema Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídricos – Sisema – e dá outras providências. Portal da Assembleia Legislativa de Minas Gerais, Minas Gerais, 2016. Disponível em <<https://www.almg.gov.br>> Acesso em 18 fev. 2019.

_____. Decreto nº 7.257, de 4 de agosto de 2010. Regulamenta a Medida Provisória no 494 de 2 de julho de 2010, para dispor sobre o Sistema Nacional de Defesa Civil - SINDEC, sobre o reconhecimento de situação de emergência e estado de calamidade pública, sobre as transferências de recursos para ações de socorro, assistência às vítimas, restabelecimento de serviços essenciais e reconstrução nas áreas atingidas por desastre, e dá outras providências. Portal da Legislação, Brasília, 2010. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7257.htm> Acesso em 15 fev. 2019.

_____. Ministério do Meio Ambiente. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA). Diretoria de Licenciamento Ambiental (DILIC). Coordenação Geral de Petróleo e Gás (CGPEG). Nota técnica nº 10, de 12 de dezembro de 2012. Identificação e avaliação de impactos ambientais. Xa.yimg, 2012. Disponível em <<http://xa.yimg.com/kq/groups/18922045/1712909474/name/NTAIA.pdf>> Acesso em 27 abr. 2017.

_____. Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA). Resolução nº 1, de 23 de janeiro de 1986. Dispõe sobre critérios básicos e diretrizes gerais para a avaliação de impacto ambiental. Portal do Ministério do Meio Ambiente, Brasília, 1986. Disponível em <http://www.mma.gov.br/port/conama/legislacao/CONAMA_RES_CONS_1986_001.pdf> Acesso em 14 ago. 2018.

_____. Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA). Resolução nº 237, de 19 de dezembro de 1997. Portal do Ministério do Meio Ambiente, Brasília, 1997. Disponível em <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>> Acesso em 29 jul. 2018.

_____. Portaria nº 70.389, de 17 de maio de 2017. Portal do DNPM. Cria o Cadastro Nacional de Barragens de Mineração, o Sistema Integrado de Gestão em Segurança de Barragens de Mineração e estabelece a periodicidade de execução ou atualização, a qualificação dos responsáveis técnicos, o conteúdo mínimo e o nível de detalhamento do Plano de Segurança da Barragem, das Inspeções de Segurança Regular e Especial, da Revisão Periódica de Segurança de Barragem e do Plano de Ação de Emergência para Barragens de Mineração, conforme art. 8º, 9º, 10, 11 e 12 da Lei nº 12.334 de 20 de setembro de 2010, que estabelece a Política Nacional de Segurança de Barragens - PNSB. Disponível em <<http://www.dnpm.gov.br/acesso-a-informacao/legislacao/portarias-do-diretor-geral>>

_____. Conselho Estadual de Política Ambiental (COPAM). Portal do COPAM. Deliberação Normativa COPAM nº62, de 17 de dezembro de 2002. Dispõe sobre critérios de classificação de barragens de contenção de rejeitos, de resíduos e de reservatório de água em empreendimentos industriais e de mineração no Estado de Minas Gerais. Disponível em <<http://www.siam.mg.gov.br>> Acesso em 18 fev. 2019.

SÃO PAULO (Estado). Secretaria do Meio Ambiente (SMA). Portal da CETESB. Disponível em <<https://cetesb.sp.gov.br/analise-risco-tecnologico/>> Acesso em 18 fev. 2019.

_____. Terminologia de Desastres. Portal da Prefeitura de São Paulo. Segurança Urbana. Disponível em <<https://www.prefeitura.sp.gov.br>> Acesso em 20 fev. 2019.

CENTRE INTERNATIONAL DE RECHERCHES ET ÉTUDES TRANSDISCIPLINAIRES. Declaración y Recomendaciones qué Universidad para el mañana? Locarno, Suiza. 30 de abril - 2 de mayo de 1997. Disponível em <http://ciret-transdisciplinarity.org/congres_de_locarno.php#es> Acesso em 19 set. 16.

COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E O CARIBE (CEPAL). Acordo regional sobre acesso à informação, participação pública e acesso à justiça em assuntos ambientais na América Latina e no Caribe. Santiago: Nações Unidas, 2018. Disponível em <https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43611/S1800493_pt.pdf> Acesso em 20 out. 2018.

Incêndio no CT do Flamengo: ‘não existe fogo acidental, todos são resultado de falhas’, dizem especialistas. BBC News Brasil em São Paulo. Disponível em <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47177039>> acesso em 13 fev. 2019.

Transformações Sociais Ambientais. Revista NERA. Observatório Sócio-Ambiental de Barragens. UFRJ. Disponível em <<http://www.observabarragem.ippur.ufrj.br/barragens/9/dona-francisca>> Acesso em 16 fev. 2019.

CAPÍTULO 50

APONTAMENTOS SOBRE A DESAPROPRIAÇÃO URBANÍSTICA NO DIREITO BRASILEIRO

VLADIMIR DA ROCHA FRANÇA

Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. Doutor em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Associado do Departamento de Direito Público da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

CATARINA CARDOSO SOUSA FRANÇA

Especialista em Direito Constitucional e Mestre em Constituição e Garantia de Direitos da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Doutoranda em Direito, Processo e Cidadania pela Universidade Católica de Pernambuco. Professora Convidada dos Cursos de Especialização da Universidade Potiguar, do Centro Universitário do Rio Grande do Norte, da Universidade Federal do Rio Grande do Norte e da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal impôs ao Estado o dever de instituir e concretizar políticas públicas voltadas à proteção do meio ambiente urbano. Por outro lado, a efetivação delas necessariamente envolve a intervenção estatal na propriedade privada.

Como se sabe, a forma mais agressiva de intervenção do Estado na propriedade privada ocorre por meio da transferência compulsória do bem

particular para o patrimônio público, observados os direitos fundamentais do administrado.

O objetivo do presente ensaio é apresentar apontamentos ao regime jurídico das modalidades de desapropriação previstas no Direito brasileiro e que podem ser empregadas para fins de política urbana.

Para tanto, emprega-se a metodologia preconizada pela Dogmática Jurídica, tendo como base empírica o sistema do Direito Positivo brasileiro (VILANOVA, 1997; 2000).

1 DIREITO DE PROPRIEDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O direito de propriedade integra o rol de direitos fundamentais individuais assegurados na Constituição Federal de 5 de outubro de 1988. Embora o perfil que o liberalismo lhe outorga esteja bem distante do presente,¹ convém ressaltar que a propriedade privada continua sendo reconhecida como indispensável para o Estado Democrático de Direito (cf. FRANÇA, 1999; 2000; ROSENFELD, 2008).²

Assegura-se a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país *o direito à propriedade*,³ sendo-lhes garantido *o direito de propriedade*,⁴ nos termos do art. 5º, *caput*, e XXII,⁵ da Constituição Federal. A propriedade privada

1. O art. XVII da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 2 de setembro de 1789, estabelece o seguinte:
“Sendo a propriedade um direito inviolável e sagrado, ninguém pode dela ser privado, a não ser quando a necessidade pública, legalmente reconhecida, o exige evidentemente e sob a condição de justa e anterior indenização”.
2. Malgrado algumas resistências de natureza ideológica, o direito de propriedade mantém o seu patamar de direito humano na ordem jurídica internacional.
O art. XVII da Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 2008, estabelece o seguinte:
“1. Toda a pessoa tem o direito à propriedade, só ou em sociedade com os outros.
2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade”.
Em sentido similar, o art. XXIII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem da Organização dos Estados Americanos, de abril de 1948:
“Toda pessoa tem direito à propriedade particular correspondente às necessidades essenciais de uma vida decente, e que contribua para manter a dignidade da pessoa e do lar”
3. Direito fundamental individual que compreende o direito da pessoa de adquirir, de modo pleno e exclusivo, bens que formem um patrimônio que assegure ao indivíduo uma existência digna e autônoma perante o estado.
4. Direito fundamental individual que compreende o direito da pessoa de manter e empregar a propriedade privada segundo o seu legítimo interesse.
5. Esses enunciados constitucionais têm a seguinte redação:
“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXII – é garantido o direito de propriedade”.

ainda é elevada à condição de princípio constitucional da ordem econômica, em conformidade com o art. 170, II,⁶ da Constituição Federal.

É interessante esclarecer que a propriedade também deve ser vista como uma garantia institucional no sistema constitucional brasileiro, que não pode ser eliminada ainda que por emenda constitucional (cf. FRANÇA, 1999; PONTES DE MIRANDA, 1987). Afinal, sem a propriedade privada, não teria sentido o *status* que a livre iniciativa detém na Constituição Federal.⁷

De todo modo, o delineamento jurídico do direito de propriedade deve ser estabelecido pela lei, por injunção do princípio da legalidade (cf. SUNDFELD, 1993).⁸ Do mesmo modo, a privação ou diminuição do direito de propriedade pressupõe o respeito ao devido processo legal (cf. SUNDFELD, 1993).⁹

Em rigor, o conteúdo jurídico do direito de propriedade compete às normas de Direito Privado. Entretanto, as intersecções que a propriedade privada apresenta com o interesse público acabam por ensejar a presença de normas de direito de Direito Público na disciplina da intervenção do estado nessa área socioeconômica (cf. FRANÇA, 1999; GRAU, 2002; SUNDFELD, 1993).

O direito de propriedade confere ao seu titular as prerrogativas de uso,¹⁰ gozo,¹¹ disposição do bem,¹² assim como a de reavê-lo de quem injustamente o possua ou detenha,¹³ seguindo-se o disposto no art. 1.228, *caput*,¹⁴ do Código Civil. Trata-se de um direito oponível *erga omnes*,

6. Esse enunciado constitucional tem a seguinte redação:

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) II – propriedade privada”.

7. Vide o art. 1º, IV, o art. 170, *caput*, e parágrafo único, todos da Constituição Federal.

8. Vide o art. 5º, II, da Constituição Federal.

9. Vide o art. 5º, LIV, da Constituição Federal.

10. Compreende na faculdade de se pôr a bem a serviço do titular, sem modificação de sua substância (cf. PEREIRA, 2003). Todavia, o uso da propriedade privada não pode resultar em abuso de direito, por injunção do art. 1.228, § 2º, da Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (“Institui o Código Civil”).

11. Abrange a percepção dos frutos, seja qual for a natureza destes (cf. PEREIRA, 2003).

12. Trata das faculdades de consumo, modificação e alienação do bem, atingindo a sua substância (cf. PEREIRA, 2003).

13. Consiste no direito de obter a tutela jurisdicional adequada para a retomada ou recuperação do bem que injustamente o possua ou detenha (cf. PEREIRA, 2003). Não convém esquecer o disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

14. Esse enunciado legal tem a seguinte redação:

“Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa e o direito de reavê-la de quem injustamente a possua ou detenha”.

caracterizado pela plenitude¹⁵ e pela exclusividade¹⁶ até que se prove o contrário, consoante o art. 1.231¹⁷ do Código Civil.

Todavia, a Constituição Federal legitima a intervenção do estado na propriedade privada com a finalidade de harmonizar as prerrogativas do proprietário com o interesse público. A base constitucional dessa prerrogativa estatal reside no *princípio da função social da propriedade* (cf. FRANÇA, 1999).

A propriedade privada somente será considerada constitucionalmente legítima quando ela atende a sua função social, ou seja, sua finalidade socioeconômica e ambiental.¹⁸ Trata-se de uma conclusão que pode ser construída a partir do art. 5º, XXIII,¹⁹ e do art. 170, III,²⁰ ambos da Constituição Federal. Mas não se pode perder de vista que existem várias modalidades de propriedade privada, cada uma delas com regimes jurídicos específicos e com graus variados de intervenção estatal de acordo com os preceitos constitucionais que lhes são pertinentes (cf. FRANÇA, 1999; GRAU, 2002).

Em regra, o Estado intervém na propriedade privada estabelecendo limitações administrativas às prerrogativas de uso, gozo e disposição do proprietário na forma da lei e em face do interesse público (cf. DI PIETRO, 2004; SUNDFELD, 1993). Ao fazê-lo, o estado demarca o direito de propriedade no que concerne à administração pública sem ensejar qualquer pretensão indenizatória em favor do proprietário (cf. BANDEIRA DE MELLO, 2014).

A forma mais grave de intervenção do Estado na propriedade privada compreende a desapropriação, a ser melhor examinada no próximo item.

15. A propriedade é plena quando todas as prerrogativas constantes do art. 1.228, caput, do Código Civil, encontram-se reunidas numa só pessoa (cf. PEREIRA, 2003).

16. A propriedade é exclusiva quando a pessoa tem o senhorio sobre o bem excluindo-se o senhorio das demais pessoas sobre o mesmo bem (cf. PEREIRA, 2003).

17. Esse enunciado legal tem a seguinte redação: “Art. 1.231. A propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário”.

18. Vide o art. 1.228, § 1º, do Código Civil.

19. Esse enunciado constitucional tem a seguinte redação: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXIII – a propriedade atenderá a sua função social;

20. Esse enunciado constitucional tem a seguinte redação: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) III – função social da propriedade”.

2 DESAPROPRIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

A desapropriação consiste no processo que permite ao Estado extinguir totalmente o direito de propriedade em prol do interesse público, fazendo com que o bem expropriado seja compulsoriamente incorporado ao patrimônio público mediante o pagamento de indenização (cf. BANDEIRA DE MELLO, 2010). Ao lado da servidão administrativa, constitui uma forma de sacrifício de direito no ordenamento jurídico brasileiro (cf. BANDEIRA DE MELLO, 2014; SUNDFELD, 1993).

Esse processo tem amparo constitucional no art. 5º, XXIV,²¹ da Constituição Federal.

Conforme o art. 5º, XXIV, da Constituição Federal, a lei deve estabelecer o processo de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvadas as hipóteses previstas na Constituição em que esta não deve ser paga em dinheiro.

A indenização deve assegurar ao expropriado o valor prestante em dinheiro para recompor o seu patrimônio em razão da perda do bem que lhe foi tomado (cf. BANDEIRA DE MELLO, 2014).

A Constituição Federal prevê duas exceções à garantia da indenização em dinheiro na desapropriação. Ambas estão necessariamente relacionadas ao não cumprimento da função social da propriedade imobiliária pelo proprietário.

A primeira exceção abrange a desapropriação cabível para a propriedade do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que viola a função social da propriedade de acordo com a legislação urbanística em vigor, nos termos do art. 182, § 4º, III,²² da Constituição Federal.

A segunda exceção, por sua vez, diz respeito à desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, cujo objeto é a propriedade

21. Esse enunciado constitucional tem a seguinte redação: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) 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”.

22. Esse enunciado constitucional tem a seguinte redação: “Art. 182. (...) § 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena de, sucessivamente: (...) III – desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais”.

imobiliária rural que não esteja cumprindo a sua função social, de acordo com o art. 184, *caput*,²³ da Constituição Federal.

Mesmo nessas duas exceções a indenização deve ser prévia e o valor pago deve permitir ao expropriado recompor o seu patrimônio (cf. BANDEIRA DE MELLO, 2014). Uma vez que cuidam de respostas à inobservância ao princípio da função social da propriedade, a Constituição federal procura onerar o expropriado ao fixar um modo de pagamento menos benéfico daquele previsto para a desapropriação amparada no art. 5º, XXIV, do texto constitucional.

Registre-se aqui que o procedimento constante do art. 243²⁴ da Constituição Federal não constitui modalidade de desapropriação, mas sim o perdimento de bens, haja vista se tratar de uma sanção aplicável em razão da prática de crime (cf. BANDEIRA DE MELLO, 2014).²⁵

Ao se conjugar a Constituição Federal com a legislação em vigor, é possível identificar as seguintes modalidades de desapropriação: (i) a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, disciplinada pelo Decreto-lei nº 3.365, 21 de junho de 1941;²⁶ (ii) a desapropriação por interesse social, regida pela Lei Federal nº 4.132, 10 de setembro de 1962;²⁷ (iii) a desapropriação com pagamento em títulos para fins de política urbana, sob incidência da Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001;²⁸ e, (iv) a desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária,

23. Esse enunciado constitucional tem a seguinte redação: “Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei”.

24. Esse enunciado constitucional tem a seguinte redação: “Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º. Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei”.

25. Vide o art. 5º, XLVI, “b”, da Constituição Federal.

26. “Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública”.

27. “Define os casos de desapropriação por interesse social e dispõe sobre sua aplicação”.

28. “Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências”.

regulamentada pela Lei Federal nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993²⁹ e pela Lei Complementar Federal nº 76, de 6 de julho de 1993.³⁰

O Decreto-lei nº 3.365/1941 serve igualmente como lei geral das desapropriações, devendo ser aplicada nas lacunas das leis específicas sobre a matéria. De todo modo, a União tem competência legislativa privativa sobre a matéria, nos termos do art. 22, II,³¹ da Constituição Federal.

Em face do objeto do presente ensaio, as considerações que seguem vão se restringir às modalidades de desapropriação pertinentes à política urbana.

3 AS DESAPROPRIAÇÕES URBANÍSTICAS

A Constituição Federal estabelece todo um conjunto de normas destinadas à *política urbana*. Esta tem como principal escopo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade – lazer, circulação, moradia e trabalho – e assegurar o bem-estar de seus habitantes (cf. CAMMAROSANO, 2002; MUKAI, 2001; SILVA, 2006). Enfim, viabilizar cidades sustentáveis no Brasil, nos termos do art. 2º, I,³² do Estatuto da Cidade.

A desapropriação é um dos instrumentos jurídicos previstos no Estatuto da Cidade para a concretização de suas diretrizes, consoante seu art. 4º, V, “a”.³³ Tomando-se por base a Constituição Federal e a legislação em vigor, é possível identificar três classes de desapropriação urbanística, ou seja, de desapropriação para fins de política urbana.

Há a desapropriação urbanística por necessidade ou utilidade pública, admissível em face do art. 5º, “c”, “d”, “e”, “g”, “i”, “j”, “k”, “m”, “n”, e “p”, e §§ 1º a 3º,³⁴ do Decreto-lei n. 3.365/1941. Como também, existe a

29. “Dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal”.

30. “Dispõe sobre o procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo de desapropriação de imóvel rural, por interesse social, para fins de reforma agrária”.

31. Esse enunciado constitucional tem a seguinte redação: “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...) II – desapropriação”.

32. Esse enunciado legal tem a seguinte redação: “Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações”.

33. Esse enunciado legal tem a seguinte redação: “Art. 4º Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos: (...) V – institutos jurídicos-políticos: a) desapropriação”.

34. Esses enunciados legais têm a seguinte redação: “Art. 5º Consideram-se casos de utilidade pública: (...) c) o socorro público em caso de calamidade; d) a salubridade pública; e) a criação

desapropriação urbanística por interesse social, nos termos do art. 2º, IV, V e VIII,³⁵ Lei Federal n. 4.132/1962. Em ambos os casos, a indenização deve ser prévia, justa e em dinheiro, seguindo-se o endosso do art. 182, § 3º,³⁶ da Constituição Federal.

Por fim, há a desapropriação com pagamento em títulos para fins de política urbana.

Inicialmente, assevere-se que nessa modalidade de desapropriação, somente o Município tem competência para emitir a declaração de interesse social. Registre-se ainda que o Poder Público municipal somente poderá fazê-lo após o decurso do prazo de cinco anos da aplicação do Imposto Predial Territorial Urbano progressivo e da obrigação de parcelamento, edificação ou utilização do bem, sem que o proprietário tenha observado o princípio da função social da propriedade.³⁷

Nessa modalidade, ao invés de a indenização ser em dinheiro, ela é composta por títulos da dívida pública previamente aprovados pelo Senado Federal, a serem resgatados no prazo de até dez anos, em prestações anuais,

e melhoramento de centros de população, seu abastecimento regular de meios de meios de subsistência; (...) i) a abertura, conservação e melhoramento de vias ou logradouros públicos; a execução de planos de urbanização; o parcelamento do solo, com ou sem edificação, para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética; a construção ou ampliação de distritos industriais; j) o funcionamento dos meios de transporte coletivo; k) a preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais, bem como as medidas necessárias a manter-lhes e realçar-lhes os aspectos mais valiosos ou característicos e, ainda, a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza; (...) m) a construção de edifícios públicos, monumentos comemorativos e cemitérios; n) a criação de estádios, aeródromos ou campos de pouso para aeronaves; (...) p) os demais casos previstos por leis especiais.

§ 1º A construção ou ampliação de distritos industriais de que trata a alínea *i* do *caput* deste artigo, inclui o loteamento das áreas necessárias à instalação de indústrias e atividades correlatas, bem como a revenda ou locação dos respectivos lotes a empresas previamente qualificadas.

§ 2º A efetivação da desapropriação para fins de criação ou ampliação de distritos industriais depende de aprovação, prévia e expressa, pelo Poder Público competente, do respectivo projeto de implantação.

§ 3º Ao imóvel desapropriado para implantação de parcelamento popular, destinado a classes de menor renda, não se dará outra utilização nem haverá retrocessão”.

35. Esses enunciados legais têm a seguinte redação: “Art. 2º Considera-se de interesse social: (...) IV – a manutenção de posseiros em terrenos urbanos onde, com a tolerância expressa ou tácita do proprietário, tenham construído sua habitação, formando núcleos residenciais de mais de dez famílias; V – a construção de casas populares; (...) VIII – utilização de áreas, locais ou bens que, por suas características, sejam apropriados ao desenvolvimento de atividades turísticas”.
36. Esse enunciado legal tem a seguinte redação: Art. 182. (...) § 3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro”.
37. Vide o art. 182, § 4º, do Estatuto da Cidade. Vide os arts. 5º a 8º do Estatuto da Cidade.

iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais de seis por cento ao ano.³⁸

Levando-se em consideração o disposto no art. 8º, §§ 2º e 3º,³⁹ do Estatuto da Cidade, verifica-se que houve a preocupação em restringir o valor da indenização, bem como as possibilidades de compensação fundada no título dela decorrente. Não deixam de ser medidas que têm amparo no princípio da função social da propriedade.

Efetivada a desapropriação, o Município deve proceder ao adequado aproveitamento do imóvel no prazo máximo de cinco anos, contado a partir da sua incorporação ao patrimônio público.⁴⁰ Aproveitamento este que pode ser efetivado diretamente pelo Poder Público ou por meio de alienação ou concessão a terceiros, observando-se, nesses casos, o devido procedimento licitatório.⁴¹

De todo modo, o adquirente do imóvel que lhe foi repassado pelo expropriante assume a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização similar àquela imputada ao expropriado.⁴²

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em termos práticos, dificilmente a desapropriação urbanística com pagamento em títulos tem espaço para ocorrer (cf. BANDEIRA DE MELLO, 2014). Afinal, que proprietário ainda persistiria no descumprimento da função social da propriedade urbana após a aplicação das medidas interventivas que deve preceder aquele processo?

Todas desapropriações urbanísticas devem respeitar fielmente o devido processo legal e garantia fundamental da justa indenização. Ainda que a desapropriação esteja fundada no descumprimento da função social da propriedade urbana, não se admita que o Poder Público cometa atos condenáveis à luz do princípio da proporcionalidade.

38. Vide o art. 52, V a IX, da Constituição Federal. Vide o art. 8º, § 1º, do Estatuto da Cidade.

39. Esses enunciados legais têm a seguinte redação: “Art. 8º (...) § 2º O valor real da indenização: I – refletirá o valor da base de cálculo do IPTU, descontado o montante incorporado em função de obras realizadas pelo Poder Público na área onde o mesmo se localiza após a notificação de que trata o § 2º do art. 5º desta Lei; II – não computará expectativas de ganhos, lucros cessantes e juros compensatórios.

§ 3º Os títulos de que trata este artigo não terão poder liberatório para pagamento de tributos”.

40. Vide o art. 8º, § 4º, do Estatuto da Cidade.

41. Vide o art. 8º, § 5º, do Estatuto da Cidade.

42. Vide o art. 8º, § 6º, do Estatuto da Cidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 17 ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2004.

CAMMAROSANO, Márcio. Fundamentos constitucionais do Estatuto da Cidade. In DALLARI, Adilson Abreu; SUNDFELD, Carlos Ari. Estatuto da Cidade (comentários à Lei federal n. 10.257/2001). São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público, Malheiros Editores, 2002, pp. 21-26.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Perfil constitucional da função social da propriedade. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, Subsecretaria de Edições Técnicas, a. 36, n. 141, p. 9-21, janeiro/março-1999.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Um estudo sobre a relação entre o estado e a propriedade privada a partir de John Locke. Revista de Informação Legislativa. Brasília, Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, Subsecretaria de Edições Técnicas, a. 37, n. 148, p. 183-195, outubro/dezembro-2000.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica). 7 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MUKAI, Toshio. O Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257, de 10.07.2001). Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 225, p. 343-348, julho/setembro-2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 18 ed. Atualização por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, v. IV.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários à Constituição de 1967 com a emenda n. 1 de 1969. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1987, t. V.

ROSENFELD, Denis Lerrer. Reflexões sobre o Direito de propriedade. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

SILVA, José Afonso da. Direito urbanístico brasileiro. 4 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do Direito Positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no Direito*. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

